الكتب القانونية

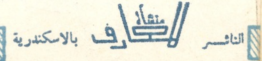
تنازع الاختصاص القضائى الدولى

دراسة مقارنة

لقواعد الاختصاص الدولى للمحاكم ، الاجراءات والقانون الذى يحكمها ، آثار الأحكام الأجنبية

دكتور
هشام على صادق
مدرس القانون الدولى الخاص
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية



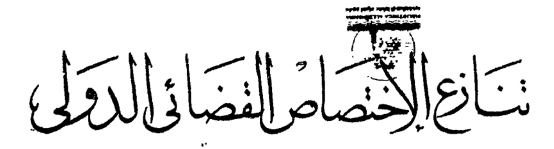
الناشر  بالاسكندرية

إهـــداء

الى ولدىَّ ....

شـــريف ...

وحســـام



تنازع الإختصاص القضائى الدولى

دراسة مقارنة

لقواعد الاختصاص الدولى للمحاكم ، الاجراءات والقانون الذى يحكمها ، آثار الأحكام الأجنبية



دكتور
هشام على صادق
مدرس القانون الدولى الخاص
كلية الحقـــوق - جامعة الاسكندرية



General Organization Of the Alexa
dria Library (GOAL)
Bibliotheca Alexandrina

الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية

١ — تمهيد وتقسيم

تختص المحاكم الوطنية بفض المنازعات التى تثور فى اقليم الدولة سواء كانت هذه المنازعات ذات صفه وطنيه بحت أم كانت تتضمن عنصراً أجنبياً .

فليس هناك حتى الآن هيئة قضائية دولية يمكن لها ان تنظر فى المنازعات الخاصة بين الأفراد ولو تضمنت هذه المنازعات عنصراً أجنبياً واتسمت تبعاً لذلك بالطابع الدولى .

وتنفرد كل دولة بتحديد حالات اختصاص محاكمها بالمنازعات الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً بمقتضى قواعد درج الفقه التقليدى على تسميتها « بقواعد الاختصاص القضائى الدولى » .

وكما تحدد قانون القاضى حالات الاختصاص بالمنازعات المتضمنة عنصراً أجنبيا على النحو السالف ، فان هذا القانون أيضاً هو الذى يحكم اجراءات الدعاوى المتعلقة بهذه المنازعات .

ومن هنا تبدو الأهمية الخاصة للتفرقة بين مسائل الإجراءات والمسائل الموضوعية فى القانون الدولى الخاص . فبينما ينطبق على موضوع النزاع المتضمن عنصراً أجنبيا القانون الذى تشير قواعد الاسناد باختصاصه وطنيا كان أم أجنبيا ، فان اجراءات الدعوى تخضع دائما لقانون القاضى .

والحكم الصادر عن المحاكم الوطنية فى المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبيا ينفذ عادة بمعرفة السلطات المختصة فى الدولة التى أصدرت محاكمها هذا الحكم ووفقا للاجراءات المنصوص عليها فى قانون هذه الدولة . اذ تحرص كل دولة عادة على تأكيد اختصاص قضائها بالمنازعات الخاصة ذات الطابع الدولى التى تعلم مقدما أنها قادرة على كفالة آثار الحكم الصادر فى شأنها، كما لوكان المدعى عليه متوطن فى الدولة أو كان المال محل النزاع كائن بها.

ومع ذلك فقد يسعى المدعى الى ساحة القضاء الأجنبي ويستصدر حكما مقرراً لحقه . وهنا تثور مشكلة مدى حجية الحكم الأجنبي أمام المحاكم الوطنية ، ومدى امكان تنفيذ هذا الحكم فى الدولة . وتتناول قواعد الاختصاص القضائى الدولى فى كل دولة تحديد آثار الحكم الأجنبي فى هذه الحالة وشروط تنفيذه .

ويبدو لنا بذلك ان دراسة تنازع الاختصاص القضائى الدولى تقتضى التعرض للأسس التى يقوم عليها اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات الخاصة ذات الصبغة الدولية ، وبيان اجراءات الدعوى فى مثل هذه المنازعات والقانون الذى يحكمها ، وأخيرا القواعد التى تحدد آثار الأحكام الأجنبية .

وعلى ذلك تنقسم الدراسة فى هذا الكتاب الى ثلاثة أبواب :

الباب الأول : فى الاختصاص القضائى الدولى .

والباب الثانى : فى القانون الواجب التطبيق على الاجراءات .

والباب الثالث : فى آثار الأحكام الأجنبية .

الباب الأول

الاختصاص القضائي الدولي

٢ – الاختصاص الدولي والاختصاص الداخلي للمحاكم

يراد باصطلاح الاختصاص القضائي الدولي compétence internationale des juridictions بيان القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة فى المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا ازاء غيرها من محاكم الدول الآخرى ، وذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص الداخلي والتي تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة ازاء غيرها من محاكم نفس الدولة (١) .

فقواعد الاختصاص الدولي فى مصر تبين للقاضي المصرى ما اذا كانت المحاكم المصرية تختص بالنظر فى النزاع المطروح أمامه والمتضمن عنصرا أجنبيا من عدمه . فاذا تبين له أن النزاع مما يدخل فى اختصاص المحاكم المصرية بصفة عامة كان له الرجوع بعد ذلك الى قواعد الاختصاص الداخلي لبيان مدى اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع بالنظر الى غيرها من محاكم نفس الدولة .

ومن هنا تجب التفرقة بين قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم والتي جرى الفقه على معالجتها فى مؤلفات القانون الدولي الخاص ، وبين قواعد

---

(١) ويجرى جانب من الفقه الفرنسى على تسمية الاختصاص الدولى للمحاكم الفرنسية بـ « الاختصاص العام » compétence générale وذلك بالمقابلة للاختصاص الخاص لهذه المحاكم compétence spéciale أى اختصاصها الداخلى وفقا لقواعد المرافعات .

راجع Niboyet مطول القانون الدولى الخاص – الجزء السادس – باريس سنة ١٩٤٩ ص ٢٨١ و Bartin مبادىء القانون الدولى الخاص الجزء الأول ص ٣١٠ .

الاختصاص الداخلى لهذه المحاكم والتى تعد من صميم موضوعات قانون المرافعات (١) .

واذا كانت دراستنا فى هذا البحث تقتصر على قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية . الا أننا سنتعرض مع ذلك للمبادىء العامة فى الاختصاص الداخلى بالقدر الذى يسمح لنا بادراك الطبيعة الخاصة لقواعد الاختصاص الدولى . فلا شك أن القواعد التى تنظم الاختصاص بين المحاكم المختلفة فى دولة معينة تختلف عن القواعد المنظمة لاختصاص قضاء هذه الدولة فى مواجهة محاكم الدول الأخرى . فقواعد الاختصاص الدولى تتأثر الى حد بعيد بفكرة سيادة الدولة وحاجة المعاملات الدولية مما يضفى عليها طابع خاص يميزها عن قواعد الاختصاص الداخلى على نحو ما سنرى خلال هذه الدراسة (٢) .

٣ — الطابع الوطنى لقواعد الاختصاص القضائى الدولى

تستقل كل دولة بتحديد قواعد الاختصاص الدولى لمحاكمها فى المنازعات

---

(١) ويجرى الفقه الألمانى على بحث قواعد الاختصاص القضائى الدولى بوصفها جزء من قانون المرافعات على اعتبار أن المشرع الالمانى قد عالجها ضمن نصوص هذا القانون كما هو الحال فى مصر . وقد انتقد البعض هذه النظرة الشكلية للأمور . ذلك أن وضع القواعد المنظمة للاختصاص الدولى للمحاكم ضمن قانون المرافعات لا ينفى حقيقة واقعة وهى أن هذه القواعد تمثل الجانب الاجرائى لمشكلة تنازع القوانين . ومن ثم فى بحثها خارج اطار القانون الدولى الخاص تجاهل لهذه الحقيقة . راجع فى ذلك : Gutteridge, Le conflit des lois de compétence judiciare dans les actions personnelles — بحث منشور فى مجموعة محاضرات لاهاى ١٩٣٣ — الجزء الثانى — مجلد ٤٤ ص ١١٨ .

ويؤمن فقه المرافعات فى مصر بهذه الحقيقة ويقرر صراحة أن دراسة قواعد الاختصاص الدولى تعد جزءا من القانون الدولى الخاص — دكتور جميل الشرقاوى — قواعد اختصاص المحاكم المدنية — محاضرات مطبوعة ألقيت على طلبة السنة الثالثة بكلية حقوق القاهرة ١٩٥٥ — ١٩٥٦ ص ٧ هامش (١) .

(٢) راجع تقديم Roger-Perrot لرسالة H. Bauer بعنوان : « الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المدنية الفرنسية والألمانية » — دالوز ١٩٦٥ ص (١) .

المشتملة على عنصر أجنبي . فقواعد الاختصاص الدولى لا ترتبط كأصل عام — ورغم ماقد توحى به تسميتها — بقواعد القانون الدولى العام (١) . وانما تضع كل دولة القواعد التى تحدد اختصاص محاكمها دوليا بما يحقق أهدافها الاجتماعية والاقتصادية التى ترمى اليها سياستها التشريعية . فالأمر لا يختلف من هذه الوجهة عن ما هو عليه الحال بالنسبة لقواعد الاختصاص الداخلى للمحاكم . فليس هناك اذن — كمبدأ عام — قواعد دولية تلزم الدول بعقد اختصاص محاكمها فى أحوال معينة أو باستبعاد بعض المنازعات من اختصاص هذه المحاكم (٢) .

وترتبط هذه المشكلة بفكرة وطنية قواعد القانون الدولى الخاص بصفة عامة والتى أثارت جدلا فقهيا كبيرا يخرج عن نطاق هذا البحث (٣) .

ومع ذلك فاذا كانت الوطنية فى تقديرنا هى سمة قواعد القانون الدولى الخاص سواء ما تعلق منها بتنازع القوانين أو ما اتصل من هذه القواعد بالاختصاص القضائى الدولى ، الا أن هذا المبدأ ليس مطلقا . فهناك من قواعد القانون الدولى الخاص ما يستجيب الى مبادىء القانون الدولى العام . بمعنى أن هناك من مبادىء القانون الدولى الخاص ما يتعين على كل دولة أن تأخذ به استجابة لالتزام دولى بموجب قواعد القانون الدولى العام ، فان لم تفعل انعقدت مسئوليتها الدولية .

---

(١) راجع فى تأكيد الطابع الوطنى لقواعد القانون الدولى الخاص بصفة عامة : Balogh, Le rôle du droit comparé dans le droit international privé بحث منشور فى مجموعة محاضرات لاهاى ١٩٣٦ . الجزء الثالث — مجلد ٥٧ ص ٥٨٠ .

(٢) راجع Niboyet المرجع السابق رقم ١٧١٦ — وغنى عن البيان أن ماقررناه فى المتن لا يتنافى مع التزام الدولة بتنظيم اختصاص محاكمها دوليا على وجه معين فى بعض الفروض تنفيذا لتعهداتها بمقتضى الاتفاقات الدولية .

(٣) راجع فى عرض الخلاف الفقهى حول هذه المشكلة Batiffol مطول القانون الدولى الخاص — الطبعة الثالثة — باريس ١٩٥٩ ص ٢٦ وما بعدها . وأنظر فى عرض النظريات التى تربط القانون الدولى الخاص بقواعد القانون الدولى العام — Quadri . دروس فى القانون الدولى الخاص ألقيت على طلبة دبلوم القانون الخاص بجامعة الاسكندرية . العام الدراسى ١٩٥٤— ١٩٥٥ ص ١٢ وما بعدها .

ولعلنا نجد أخصب مجال لذلك الارتباط الاستثنائى لقواعد القانون الدولى الخاص بمبادىء القانون الدولى العام فى نطاق بعض قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم . ويبدو ذلك بصفة خاصة بالنسبة لمبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين من جهة ، وحق الأجانب فى التقاضى أمام محاكم الدولة من جهة أخرى . ونحن نكتفى هنا بالتعرض لمدى حق الأجانب فى التقاضى أمام محاكم الدولة على أن نتولى دراسة الحصانات القضائية تفصيليا فيما بعد .

٤ — حق الأجانب فى التقاضى أمام محاكم الدولة

يعتبر حق الأجنبي فى الالتجاء الى محاكم الدولة احد الحقوق اللازمة لحياته فى اقليمها . فاذا كانت الدول المتمدينة تخول للأجانب حق التمتع فى اقليمها بقدر من الحقوق لاغنى عنه لحياة الانسان . فيكون من الطبيعى ان تسمح لهم بالالتجاء الى قضائها والا أصبحت الحقوق المخولة لهم عديمة الجدوى (١) .

وحق الأجانب فى الالتجاء الى محاكم الدولة هو حق مقرر بمقتضى قواعد القانون الدولى العام . وهو يعد ضمن مجموعة الحقوق التى تشكل الحد الأدنى لما يتعين على الدولة أن تخوله للأجانب المقيمين فى اقليمها من حقوق . ولذا فان تجاهل الدولة له يعقد مسئوليتها الدولية على أساس انكارها للعدالة . وبالمثل تنعقد مسئولية الدولة لنفس السبب اذا خولت للأجانب حق التقاضى أمام محاكمها ولكنها جردتهم من الضمانات التى لاغنى عنها لحسن سير العدالة ، كما اذا أخلت بحقوقهم فى الدفاع أو تعمد قضاؤها الاجحاف بهم لصفتهم الأجنبية(٢) .

---

(١) راجع الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض . الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص الدولى رقم ٣٢٧ ، ٣٢٨ . والدكتور شمس الدين الوكيل . الجنسية ومركز الأجانب . الطبعة الثانية ١٩٦٠ — ١٩٦١ ص ٥٦٧ و Lerebours Pigeonniere et Loussouarn موجز القانون الدولى الخاص دالوز ١٩٦٢ ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ .

(٢) الدكتور حامد سلطان — القانون الدولى العام ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ .

ولم تكن الدول تسمح فيما مضى بحق الأجانب فى الالتجاء الى قضائها الوطنى . ذلك أن مرفق القضاء كان امتيازا للوطنيين فقط . فهم دون غيرهم الذين يتمتعون بحق العدالة فى الاقليم . ثم تغيرت الأوضاع بعد ذلك وتبين للدول أن حسن توزيع العدالة فى الاقليم هو أمر يمس صميم النظام العام والأمن الداخلى فيها ومن ثم فلا يجوز قصره على الوطنيين فقط . بل يجب أن يشمل جميع من يتوطنون اقليم الدولة وطنيين كانوا أم أجانب . (١)

ولعل تأثر بعض الدول حتى الآن بالأفكار العتيقة التى كانت سائدة فيما مضى هو الذى يفسر اعتناقها لنظام الكفالة القضائية cautio judictum solvi بالنسبة للأجانب . ففى فرنسا يتعين على الأجنبى تقديم هذه الكفالة اذا ما أراد الالتجاء الى القضاء . ويفسر التزامه بتقديم الكفالة بأنه نوع من الضمان لامكان تحصيل المصروفات القضائية ودفع التعويضات التى قد تستحق على المدعى الأجنبى اذا ما أخفق فى دعواه . كما يستهدف هذا الضمان أيضا التقليل من الدعاوى الكيدية التى قد يرفعها أجنبى معسر . (٢) ولكن اذا كانت هذه هى حكمة الكفالة القضائية حقا فلماذا يقتصر الالتزام بها على الأجانب دون الوطنيين ؟ لاشك أن هذه التفرقة تشكل نوع من الاجحاف بحقوق الأجانب فى الالتجاء الى قضاء الدولة . (٣)

ومهما كان من أمر النقد السابق والموجه بحق الى التنظيم الفرنسى ، الا أنه من العسر أن نصل الى حد القول بمخالفة هذا التنظيم لقواعد القانون

---

(١) الدكتور فؤاد رياض . المرجع السابق ص ٣٤٦ .

(٢) الدكتور فؤاد رياض . السابق ص ٣٤٥ وما بعدها — وانظر فى نظام الكفالة القضائية بفرنسا Niboyet — دروس فى القانون الدولى الخاص — الطبعة الثانية . باريس ١٩٤٩ رقم ٣٣٦ . ويلاحظ مع ذلك أن الأجنبى قد يعفى من تقديم الكفالة القضائية فى فرنسا فيما لو كانت هناك معاهدة بين دولته وفرنسا تقرر هذا المعنى كما كان عليه الحال بمقتضى معاهدة لاهاى فى ٧ يوليو ١٩٠٥ والتى وقعت عليها كل من فرنسا والمانيا فى ذلك الوقت .

راجع فى ذلك : Françescakis, La compétence judiciaire internationale, Le droit int. prive de la famille en France et en Allemagne. Sirey 1954. p: 429.

(٣) الدكتور فؤاد رياض . السابق . ص ٣٤٦ .

الدولى العام . ذلك لأنه اذا كان العرف الدولى قد استقر كما بينا على تخويل الأجانب حق الالتجاء الى القضاء بصفة عامة وتأكيد كفالة حقوقهم فى الدفاع وضمان قضاء عادل لهم ، الا أن هذا العرف لم يحدد بالتفصيل حدود ممارسة هذا الحق. ومن ثم تبقى هذه المسألة متروكة للتنظيم الوضعى فى كل دولة.

٥ — قواعد الاختصاص القضائى وقواعد الاختصاص التشريعى
(أوجه الشبه والخلاف بينهما) :

يتضح من دراسة تنازع القوانين أن قواعد الاسناد تشير بتطبيق أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمة لحكم العلاقة المتضمنة عنصرا أجنبيا . أما قواعد الاختصاص القضائى الدولى فهى تحدد مدى اختصاص المحاكم الوطنية فى المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى . فكل من قواعد تنازع القوانين وقواعد تنازع الاختصاص تتميز بكونها تضع حدا لظاهرة التزاحم . كل ما فى الأمر هو أن التزاحم يقع فى الحالة الأولى بين القوانين ، وفى الحالة الثانية يقع التزاحم بين محاكم الدول المختلفة .

ومع ذلك تختلف قواعد تنازع القوانين عن قواعد تنازع الاختصاص القضائى من حيث أن الأولى تعد قواعد غير مباشرة ، بمعنى انها لا تحسم النزاع المطروح أمام القاضى مباشرة وانما هى تشير فقط الى القانون الواجب التطبيق على النزاع . أما قواعد تنازع الاختصاص القضائى فهى تفصل بطريقة مباشرة فى مدى اختصاص القضاء الوطنى بالنزاع المطروح أمامه(١).

(١) واذا كان الأصل هو أن قواعد تنازع القوانين تتميز — خلافا لقواعد الاختصاص القضائى — بصفتها غير المباشرة على نحو ما بينا فى المتن ، إلا أن الفقه الحديث قد أكد مع ذلك وجود قواعد موضوعية فى قانون القاضى تنطبق مباشرة على المنازعات الخاصة الدولية فى بعض الفروض دون حاجة لإعمال قواعد الاسناد المزدوجة . وهذه القواعد والتى أطلق عليها الأستاذ فرنسسكاكى إسم « القواعد ذات التطبيق المباشر » تحد من نطاق إعمال قواعد الاسناد المزدوجة . وبعبارة أخرى فانه لاوجه لإعمال قواعد الاسناد التقليدية إلا فى خارج نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر . راجع فى ذلك : Françescakis, Quelques précisions sur les lois d'appliquation immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois منشور فى Rev. crit ١٩٦٦ص ١ وما بعدها . وراجع مؤلفنا فى تنازع القوانين . الاسكندرية ١٩٦٩ رقم ٧ ، ١٢ .

ومن جهة أخرى تختلف قواعد تنازع القوانين عن قواعد تنـــازع الاختصاص من حيث أن الأولى تعتبر قواعد مزدوجة بينما الثانية تعد قواعد مفردة الجانب . فقواعد تنازع القوانين لاتقتصر على الاشارة الى الحالات التى يطبق فيها القانون الوطنى . وانما هى تبين أيضا الأحوال التى ينطبق فيها القانون الأجنبى . والوضع يختلف بالنسبة لقواعد تنازع الاختصاص . اذ أن هذه القواعد تقتصر على بيان حالات اختصاص القضاء الوطنى ولا شأن لها بتحديد اختصاص المحاكم الأجنبية (١) .

ومع ذلك فاذا كان الأصل فى قواعد الاختصاص القضائى الدولى هو الاقليمية ، فان هذا لا يمنع من امكان — بل ضرورة — الرجوع الى قواعد الاختصاص الأجنبية فى بعض الأحيان . فسنرى عند دراستنا لتنفيذ الأحكام الأجنبية أن من واجب القاضى أن يتحقق قبل اصدار الأمر بالتنفيذ مما اذا كان الحكم الأجنبى قد صدر عن محكمة مختصة ، وهو ما يقتضى منـــه بالضرورة الرجوع الى قواعد الاختصاص القضائى فى الدولة التى صـدر الحكم من محاكمها . وهذا هو ما أسماه جانب من الفقه الفرنسى بالاختصاص العام غير المباشر للمحاكم الأجنبية بالمقابلة للاختصاص العام المباشر للمحاكم الوطنية (٢) .

---

(١) Batiffol المطول رقم ٦٨١ ، الدكتور فؤاد رياض السابق رقم ٤٤٥ . ويلاحظ أن الصفة المزدوجة لقاعدة الاسناد قد تكون صريحة كما هو الحال فى مواد تنازع القوانين فى القانون المصرى وقد تكون ضمنية كما هو الشأن بالنسبة للمادة ٣ من القانون المدنى الفرنسى — راجع Quadri . دروس فى القانون الدولى الخاص ملقاه على طلبة دبلوم القانون الخاص بجامعـة القاهرة ١٩٥٥ — ١٩٥٦ ص ٤٨ .

(٢) راجع Bartin مبادىء القانون الدولى الخاص . باريس ١٩٣٠ ص ٣١٥ وما بعدها و Gutteridge فى بحثه السابق الاشارة اليه ص ١٢١ وما بعدها . بل وسنرى فيما بعد أن هناك اتجاها قويا فى القضاء الفرنسى يرى ان تقدير مدى اختصاص المحكمة الأجنبية المراد تنفيذ حكمها فى فرنسا يتم عن طريق إعمال قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم الفرنسية ذاتها ، وهو ما دعى البعض الى القول بأن قواعد الاختصاص الدولى الفرنسية تعد قواعد مزدوجة الجانب — راجع فى ذلك : Bellet, La Jurisprudence du tribunal de la Seine en matiere de l'exequature des jugements étrangers . تقرير مقدم الى اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص . منشور بأعمال اللجنة ١٩٦٢ — ١٩٦٤ ص ٢٨٨ .

٦ – استقلال الاختصاص القضائى من الاختصاص التشريعى لا يحول دون تأثير كل منها فى الآخر

يتضح مما سبق أن قواعد الاختصاص القضائى تختلف من حيث موضوعها عن قواعد الاختصاص التشريعى . فالأولى تحدد مدى اختصاص المحاكم الوطنية ازاء المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى ، والثانية تعين القانون الواجب التطبيق على مثل هذه المنازعات .

والأصل أنه ليس هناك ما يحتم التلازم بين كل من الاختصاصين . بمعنى أن المحاكم الوطنية قد تختص بالفصل فى نزاع ما وفقا لقواعد الاختصاص القضائى ومع ذلك تقضى قواعد الاسناد بتطبيق قانون آخر غير قانون المحكمة .

ويرجع ذلك الى أن الاعتبارات التى تقوم عليها قواعد الاختصاص القضائى لا تتطابق بالضرورة مع تلك التى يراعيها الشارع عند وضعه لقواعد الاختصاص التشريعى . فقد تقضى قواعد الاختصاص بانعقاد ولاية المحاكم الوطنية بالنظر فى نزاع معين لما فى ذلك من مراعاة لاعتبارات الأمن والسلامة فى الاقليم ، بينما تشير قواعد الاسناد بتطبيق قانون أجنبى على موضوع الدعوى باعتباره أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لطبيعة النزاع (١) .

فاذا أراد رومانياً يعيش فى فرنسا بصفة دائمة أن يرفع دعوى الاعتراف بالبنوة ضد شخص من نفس جنسيته يتوطن هو الآخر فى فرنسا فان اعتبارات السلامة والأمن فى الاقليم تستلزم القول باختصاص المحاكم الفرنسية بنظر هذا النزاع . اذ كيف يتأتى للمدعى أن يسعى للقضاء الرومانى ويتكبد فى سبيل ذلك مصاريف طائلة وصعوبات جمة تقعده فى النهاية عن المطالبة

---

(١) Batiffol ص ٧٥٢ والدكتور عز الدين عبد الله . القانون الدولى الخاص المصرى . الجزء الثانى . الطبعة الثانية ١٩٥٥ رقم ٤٤٠

بحقه . ومع ذلك فاذا كانت الضرورات السابقة تقتضى اختصاص المحاكم الفرنسية بنظر هذا النزاع . فان اعتبارات الملاءمة قد تحتم القول باختصاص القانون الرومانى بحكم هذه العلاقة . (١)

وقد يحدث مع ذلك أن تتطابق الاعتبارات التى يقوم عليها كل من الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى كما هو الشأن مثلا بالنسبة لحماية التنظيم العقارى ، وهو الأمر الذى يؤدى الى عقد الاختصاص القضائى لمحاكم الدولة والاختصاص التشريعى لقانونها أيضا . ولعل ذلك هو ما يفسر قاعدة اختصاص محكمة موقع العقار بالمنازعة فيه وقاعدة خضوع النزاع المنصب على العقار الى قانون موقعه . (٢)

وفى خارج الحدود السابقة يبقى الاختصاص القضائى مستقلا كمبدأ عام عن الاختصاص التشريعى . والواقع أن عدم التلازم بين كل من الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى هو شرط أساسى لقيام ظاهرة التنازع . اذ او كانت محاكم الدولة تطبق قانونها فى كل مرة ينعقد اختصاصها بالنزاع المطروح امامها لما وجد مجال لأى تنازع . (٣)

واذا كان الأصل هو استقلال كل من الاختصاص القضائى عن الاختصاص التشريعى فى خارج الحدود التى تتطابق فيها الاعتبارات التى يقوم عليها كل منهما : الا أن هذا لا يمنع أن يؤثر أحدهما فى الآخر . فقد يؤثر تعيين المحكمة المختصة على الاختصاص التشريعى حينا كما قد يتأثر الاختصاص القضائى بالاختصاص التشريعى أحيانا أخرى .

(أ) أثر تعيين المحكمة المختصة على الاختصاص التشريعى

يبدو أثر تعيين المحكمة المختصة على تعيين القانون الواجب التطبيق بصفة

(١) Batiffol ص ٧٥٣

(٢) Bauer فى رسالته رقم ١٠٠ — الدكتور عز الدين عبد الله ص ٤٤٠ هامش (١) .

(٣) Batiffol رقم ٦٨٢ والدكتور فؤاد رياض رقم ٤٤٩ .

خاصة فى الأحوال الآتية :

١ — نحن نعلم أن قواعد الاسناد قد تختلف من دولة الى أخرى . فاذا كان صحيحا أن هناك بعض القواعد التى تكاد تجمع الدول المختلفة على الأخذ بها مثل قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه وشكل التصرف لقانون بلد ابرامه ، الا أن الأمر لا يجرى على هذا المنوال بالنسبة لقواعد التنازع جميعها . فقد ترى دولة معينة اخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج بينما ترى أخرى اخضاعه لقانون موطنه وهكذا . ولا شك أن اختلاف قواعد الاسناد من دولة لأخرى على الوجه السالف يوضح مدى أثر تعيين المحكمة المختصة على القانون المطبق على موضوع الدعوى .

والأمر لا يختلف بالنسبة لقواعد الاحالة . فقد يأخذ قانون الدولة التى رفع النزاع أمام محاكمها بفكرة الاحالة مثل فرنسا ، بينما ترفض غيرها تطبيق هذه الفكرة كما هو الحال فى مصر (مادة ٢٧ مدنى) ، مما قد يترتب عليه فى النهاية اختلاف القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى وفقاً لما اذا كان النزاع قد رفع أمام المحاكم المصرية أو الفرنسية .

وأخيرا يلاحظ أن معظم دول العالم قد تأثرت بفقه الاستاذ بارتن فى شأن اخضاع التكييف لقانون القاضى (المادة العاشرة من القانون المدنى المصرى) . وعلى ذلك فان انعقد اختصاص محاكم الدولة بالنظر فى نزاع معين فان القاضى سيبدأ أولا بتكييف العلاقة محل البحث كمسألة أولية لكى يدرجها فى فكرة من الأفكار المسندة فى قانونه تمهيدا لتطبيق القانون الذى تشير به قاعدة الاسناد الخاصة بهذه الفكرة . فاذا عرفنا أن تكييف العلاقة محل النزاع على وجه معين واعطاءها الوصف القانونى السليم هو أمر يختلف من نظام قانونى الى آخر لأدركنا بسهولة كيف يؤثر ذلك فى النهاية على القانون الواجب التطبيق . فقد تعتبر النفقة المؤقتة التى تطالب بها الزوجة أثناء نظر دعوى التطليق من آثار الزواج فى دولة ما ، بينما قد تكيف هذه

النفقة فى دولة أخرى على أنها من مسائل الاجراءات الوقتية أو من تدابير الأمن المدنى . ولا شك أن الاختلاف فى تكييف النفقة بين الدولتين فى المثال السابق تبعا لنظرة النظام القانونى الذى تتبعه المحكمة المطروح أمامها النزاع لها . سيؤدى بالضرورة الى اختلاف القانون الواجب التطبيق حتى لو تطابقت قواعد الاسناد فى الدولتين . (١)

٢ - ومن جهة أخرى فنحن نعلم ان القاضى قد يكون ملزما برفض تطبيق القانون الأجنبى الذى أشارت قاعدة الاسناد باختصاصه اذ ما تعارض تطبيقه مع النظام العام . ولما كانت فكرة النظام العام متغيرة بحسب الزمان والمكان ، امكن تصور مدى تأثير انعقاد اختصاص محاكم دولة معينة بنظر النزاع على القانون المنطبق على موضوعه . فقد يستبعد القانون الأجنبى الواجب التطبيق أمام محاكم دولة معينة لمخالفته للنظام العام ، بينما تقوم محاكم دولة أخرى بتطبيق نفس هذا القانون لعدم تعارضه مع الأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة فيها . (٢)

٣ - وأخيرا فقد يترتب على الاختصاص القضائى لمحاكم الدولة أثر غير مباشر على الاختصاص التشريعى . ذلك أن القاضى الوطنى قد لا يحسن فى بعض الأحيان تفسير القاعدة الأجنبية الواجبة التطبيق ، خاصة اذا كانت هذه القاعدة تنتمى الى نظام قانونى يختلف جوهريا عن قانون القاضى . فالقاضى الفرنسى مثلا قد يجد صعوبة كبيرة فى تفسير القانون الانجليزى الذى ينتمى الى عائلة قانونية تختلف تماما عن القوانين اللاتينية . وقد يؤدى ذلك الى الحكم فى الدعوى على وجه يختلف تماما عما لو كان النزاع قد أثير أصلا أمام القضاء الانجليزى أو أمام قضاء دولة أخرى تنتمى الى أسرة القانون الأنجلو - سكسونى . ويساعد على تحقق هذه النتيجة ما استقر عليه

---

(١) راجع فى ذلك Niboyet المطول جزء ٦ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .

(٢) Niboyet السابق ص ٢٦١ .

قضاء محكمة النقض الفرنسية فى شأن عدم رقابتها على تفسير القانون الأجنبى . (١)

وأكثر من ذلك فان جهل القضاة فى بعض الأحيان بمضمون القانون الأجنبى وعدم رغبتهم الأكيدة فى بذل الجهد وتقصى حقيقة مضمونه وفحواه قد يدفعهم الى تطبيق القانون الوطنى خلافا لما تقضى به قاعدة الاسناد بحجة تعذر اثبات القانون الأجنبى أو مخالفته للنظام العام . (٢)

ويتضح من ذلك أن مدى استعداد قضاة الدولة التى اختصت محاكمها بنظر النزاع لبذل الجهد فى سبيل الكشف عن مضمون القانون الأجنبى يؤثر فى النهاية على مدى التطبيق الفعلى لهذا القانون ، وبالتالى على مدى احترام قواعد الاختصاص التشريعى فى الدولة .

(ب) أثر تعيين القانون الواجب التطبيق على الاختصاص القضائى

قد يؤثر الاختصاص التشريعى على الاختصاص القضائى لمحاكم الدولة . ويبدو ذلك بصفة خاصة فى الأحوال الآتية : —

١ — قد يؤدى اختصاص القانون الأجنبى بحكم النزاع الى تخلى المحاكم الوطنية عن النظر فيه . من ذلك ما ذهب اليه القضاء الفرنسى بالنسبة للمنازعات المتصلة بحالة الأشخاص الأجانب من امكان تخلى المحاكم الوطنية عن نظر هذه المنازعات ليتولى القضاء الأجنبى الفصل فيها (٣) . وقد تأثر المشرع

---

(١) ولا يغير من هذا الوضع كون المحكمة قد استقرت أخيرا على فرض رقابتها على مسخ القانون الأجنبى . اذ يظل تدخلها فى هذا الفرض مرهونا بمدى رغبتها فى ممارسة هذه الرقابة — راجع فى هذا الموضوع Loussouarn فى تقرير تحت عنوان : Le contrôle par la cour de cassation de l'application des lois étrangères. منشور فى أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص . ١٩٦٢—١٩٦٤ ص ١٥٣ . وانظر كذلك رسالتنا فى مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى رقم ٤٤٢ وما بعده .

(٢) الدكتور عبد المنعم البدراوى . أصول القانون المدنى المقارن ص ١٠٤ — وراجع فى ذلك بالتفصيل رسالتنا السابق الاشارة اليها رقم ١٥٦ وما بعده .

(٣) Niboyet جزء ٦ ص ٢٦٤ .

المصرى بهذا النظر فى قانون المرافعات الملغى حينما خول للمحاكم المصرية — رغم اختصاصها بنظر النزاع — الحق فى تكليف المدعى برفع دعواه أمام محاكم الدولة التى ينتمى اليها جميع الخصوم بجنسيتهم اذا كان رفع الدعوى أمامها جائزا . وكان قانون هذه الدولة هو الواجب التطبيق ؛ وذلك بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية المشار اليها فى المادتين ٨٦١ فقرة (٢) و ٨٦٢ من قانون المرافعات القديم . (راجع المادة ٨٦٥ مرافعات) .

٢ — ويرى البعض أن على المحاكم الوطنية أن تقضى بعدم اختصاصها اذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يقتضى من القاضى اتخاذ اجراء غريب عن دوره المعتاد كما تعرفه النظم الوطنية . ويبدو ذلك بصفة خاصة بالنسبة للمسائل التى تستلزم تدخل القاضى بمقتضى سلطته الولائية . من ذلك مثلا ما قررته بعض الأحكام فى المانيا من أنه لا يجوز للقاضى أن يقوم بالتصديق على عقد تبنى شخص أجنبي راشد بعد تقرير مدى ملاءمته للأجنبي المطلوب تبنيه . مادام أن القانون الوطنى (القانون الألمانى) لايستلزم رقابة المحكمة على عقود التبنى الا فى الأحوال التى يكون فيها المتبنى قاصرا أو عديم الأهلية . ففى هذه الحالة تضطر المحكمة — وفقا لهذا الرأى — الى الحكم بعدم اختصاصها لمجرد أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق يستلزم اتخاذ اجراء معين فى حالة لم ينص عليها القانون الوطنى . (١)

ونحن لا نتفق مع الرأى السالف فيما انتهى اليه . وقبل أن ندلى بالرأى الذى نراه الصواب نشير الى وجوب التحقق أولا مما لو كان تصديق المحكمة على عقد التبنى فى المثال السابق يعتبر من المسائل الموضوعية التى تخضع لقانون الجنسية أو أى قانون آخر تشير به قاعدة الاسناد ، أم أنه يعد من قبيل الاجراءات ويخضع بالتالى لقانون القاضى . اذ لو كان تصديق المحكمة بعد من مسائل الاجراءات فعلى القاضى أن يطبق قانونه . ولما كان

---

(١) راجع هذا الاتجاه معروضا فى رسالة Bauer السابق الاشارة اليها رقم ١٨ مكرر .

الأجنبي المطلوب تبنيه راشدا فى حالتنا فان العقد يكون صحيحا وفقـاً للقانون الوطنى (الألمانى) دون حاجة لتصديق القاضى ورقابته على العقد .

أما لو قلنا أن تصديق القاضى على عقد التبنى وتخويله سلطة مراقبة مدى ملاءمة هذا العقد هو اجراء يهدف الى حماية الشخص المطلوب تبنيه ، فان هذا الاجراء يعد وفقا لهذا القول من المسائل الموضوعية ويخضع بالتالى لقانون الجنسية (القانون الأجنبي فى حالتنا) . واذا انتهينا من تكييف الاجراء السالف على هذا الوجه فلنا أن نتساءل بعد ذلك عما اذا كان من المتعين على القاضى أن يحكم بعدم اختصاصه فى هذه الحالة لمجرد أن القانون الوطنى لايستلزم التصديق على عقد التبنى الا فى حالة ما اذا كان الشخص المطلوب تبنيه قاصرا .

ولاشك عندنا فى صحة ما قرره البعض من أنه يجب على القاضى أن يقوم برقابة الملاءمة على عقد التبنى رغم كون الشخص المطلوب تبنيه راشدا ، وذلك اعمالا للقانون الأجنبي الواجب التطبيق . ولا يقلل من صحة هذا النظر كون القاضى سيخرج بذلك عن الحدود التى رسمها القانون الوطنى لممارسة هذه الرقابة . ذلك ان دور القاضى فى هذه الحالة ليس غريبا كلية عن دوره المعتاد وفقا للقانون الوطنى (١) .

وانما تثور الصعوبة فى حالة ما اذا استلزم القانون الأجنبي الواجب التطبيق على موضوع الدعوى اتخاذ اجراء لا يتفق بالمرة مع دور القاضى المعتـاد وفقا للمبادىء العامة السائدة فى قانونه . ولعله من الخير فى هذه الحالة أن نرجع الى قناصل الدولة الأجنبية لاتخاذ الاجراء المتطلب وفقاً للقانون الأجنبي حتى لو لم يكن هناك ثمة اتفاق دولى بين دولة القاضى والدولـة التى يطبق قانونها فى هذا الشأن (٢) . أما اذا تعذر الالتجاء الى هذه الوسيلة

---

(١) Bauer السابق ص ٢١ وراجع Motulsky فى تقرير تحت عنوان :
Les actes de juridiction gracieuse en dr. int. privé
منشور فى اعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٨ — ١٩٥٢ ص ٢٣ .

(٢) Batiffol المطول ص ٤٨٠ .

فيبدو أن القضاء الفرنسي يرى أنه لا مفر فى هذه الحالة من الحكم بعـدم الاختصاص . وهذا ما قررته بالفعل محكمة النقض الفرنسية حينما قضت بعدم اختصاص القضاء الفرنسي بالنظر فى دعوى طلاق امرأة روسيـة الجنسية ذات أصل يهودى لكون القانون الروسى فى ذلك الوقت يخـول للسلطات الدينية الوطنية دون غيرها الاختصاص بايقاع هذا الطـلاق ، وهو اجراء غريب عن القانون الفرنسي الذى لا يعرف الا النظام المـدنى للزواج . (١)

ومهما كان من أمر تكييف اختصاص الهيئات الدينية بايقاع الطـلاق وما اذا كان ذلك يعد من قبيل الاجراءات التى تخضع لقانون القاضى أم يعتبر من المسائل الموضوعية التى تخضع لقانون الجنسية (٢) . فعندنا أنه حتى لو أعتبر الأمر هنا مما يتصل بالموضوع فلا يصح مع ذلك ان تحكم المحكمة بعدم اختصاصها واحالة الخصوم الى السلطات الدينية فى دولتهم لمجرد تعذر اتخاذ هذا الاجراء وغرابته عن النظام القانونى الوطنى . فمثل هذا الحل الذى انتهى اليه القضاء الفرنسي يؤدى لاشك الى انكار العدالة(٣). ذلك أن الالتجاء الى السلطات الأجنبية قد يكون متعذرا كما هو الوضـع الغالب فى العمل : بالنظر لتوطن الخصوم عادة فى الدولة التى رفع النزاع أمامها محاكمها . فاذا كان الفقه والقضاء قد استقر فى كل من فرنسا ومصر على وجوب تطبيق القانون الوطنى اذا استحال على المحكمة الكشف عن مضمون القانون الاجنبي لما فى الحكم برفض الطلب فى هذه الحالة من انكار

---

(١) راجع نقض فرنسى (الدائرة المدنية) ٢٩ مايو ١٩٠٥ — سيراى ١٩٠٦ الجزء الأول ص ١٦١ مع تعليق Pillet .

(٢) ويرى البعض بحق أن الشكل الدينى للطلاق يعد فى فرنسا من مسائل الاجراءاتالتى تخضع لقانون القاضى. وعلى ذلك تختص المحاكم الفرنسية بطلاق الأجانب حتى لو كان قانون جنسيتهم يشترط تدخل السلطات الدينية لايقاع الطلاق . Batiffol المطول رقم ٤٦٥ .

(٣) Bauer السابق رقم ٢٤ و Pillet . مطول القانون الدولى الخاص . الجزء الأول ص ٦١٩ وما بعدها .

للعدالة (١) . فان الحل ينطبق بالمثل على الحالة محل البحث حيث يتعـذر تطبيق القانون الأجنبي بسبب غرابة الاجراء الذى يتطلبه عن النظام الوطنى .

ولعل هذا الاعتبار هو الذى حدا بالفقه الى توجيه سهام نقده الجارح لحكم محكمة النقض السابق مقررا ضرورة تطبيق القانون الوطنى على دعوى الطلاق واستبعاد القانون الأجنبي فى هذه الحالة باسم النظام العام لمخالفته لمبدأ اساسى . هو استقلال كل دولة بتنظيم اختصاصها القضائى . فتطبيق القانون الأجنبي الذى لم يكتف بالتنظيم الموضوعى للطلاق بل استلزم فوق ذلك اختصاص سلطات وطنية معينة دون غيرها بالنظر فيه — كما هو الحال فى المثل السالف — يشكل خرقا لحق الدولة فى تنظيم اختصاص قضائها على الوجه الذى تراه . (٢)

ونحن نتفق مع الرأى السابق فى التحليل الذى أتى به تبريرا لتطبيق القانون الوطنى عند تعذر اتخاذ الاجراء الذى يتطلبه القانون الأجنبي فى دولـة القاضى . كل مافى الأمر هو أننا نرى — خلافا للرأى السابق — ألا يستبعد القانون الأجنبي كلية باسم النظام العام وانما ينحصر استبعاده فى الحـدود التى يتعارض فيها فقط مع هذه الفكرة . (٣)

وعلى ذلك يتعين فى رأينا تطبيق القانون الأجنبي فيما عدا ما قرره هـذا القانون فى شأن اختصاص السلطات الدينية دون غيرها بايقاع الطلاق . وبذلك تختص المحاكم الوطنية بنظر دعوى الطلاق تطبيقا للقانون الوطنى مع رجوعها فى شأن شروط الطلاق وآثاره الى القانون الأجنبي

---

(١) راجع رسالتنا فى مركز القانون الاجنبى السابق الاشارة اليها رقم ٢٩٦ وما بعـده وأنظر عكس هذا الرأى Quadri السابق ص ٦٨ .

(٢) راجع فى ذلك Bischoff, La compétence du droit Francais dans le règlement des conflits de lois رسالة مقدمة الى جامعة ستراسبورج — باريس ١٩٥٩ ص ١٨٣ .

(٣) راجع فى مدى أثر النظام العام فى استبعاد القانون الواجب التطبيق Maury القواعد العامة فى تنازع القوانين . بحث منشور فى مجموعة محاضرات لاهاى ١٩٣٦ الجزء الثالث مجـلد ٥٧ — ص ١٤ والدكتور شمس الدين الوكيل فى دروسه على طلبة ليسانس الحقوق السابق الاشارة اليها ص ٦١ — وعكس هذا الرأى Bischoff السابق ص ١٨٤ .

المختص (١). وهى نفس النتيجة التى كان يمكن الوصول اليها اذا ما أخذنا بتكييف تدخل السلطات الدينية فى ايقاع الطلاق على أنه من مسائل الاجراءات التى تخضع لقانون القاضى .

وانما يبقى للرأى الذى نقول به أهميته فى خارج هذه الحدود . اذ حتى لو انتهينا فى تكييف الاجراء الدينى الذى يتطلبه القانون الأجنبى الى كونه من المسائل اللصيقة بالموضوع والتى تخضع بالتالى للقانون الأجنبى (٢) ، فيجب مع ذلك أن نقتصر على استبعاد هذا الاجراء – مادام أنه غريب تماما عن النظم الوطنية – وابداله بالاجراء المماثل فى قانون القاضى تجنبا لانكار العدالة وهى النتيجة التى تتعارض فى رأينا مع النظام العام .

وننتهى بذلك الى أن هناك اتجاها قويا فى القضاء الفرنسى يرى انه اذا تطلب القانون الأجنبى اتخاذ اجراء غريب تماما عن المبادىء العامة فى الدولة التى تختص محاكمها بنظر النزاع فان على القاضى أن يحكم فى هذه الحالة بعدم اختصاصه . ورغم انتقادنا السالف لهذا الاتجاه الا أنه قد أوضح لنا على أى حال كيف يؤدى انعقاد الاختصاص التشريعى للقانون الأجنبى فى بعض الأحيان الى سلب الاختصاص القضائى لمحاكم الدولة خلافا للأصل العام فى شأن استقلال الاختصاص التشريعى عن الاختصاص القضائى .

٣ – وهناك حالة خاصة يجمع فى شأنها الفقه والقضاء فى كافة دول العالم على اختصاص المحاكم الوطنية بالفصل فى الطلب المقدم اليها حتى لو كان الاجراء الذى يتطلبه القانون الأجنبى الواجب التطبيق على النزاع غريبا

---

(١) وقد أخذت بهذا الاتجاه محكمة باريس فى حكمها الصادر فى ٩ يناير ١٩٤٣ سيراى ١٩٤٣ – الجزء الثانى – رقم ٢٩ مع تعليق Niboyet – حيث طبقت المحكمة القانون الاسبانى على طلب الانفصال الجسمانى بين زوجين أسبانيين مع استبعادها لنصوص هذا القانون المتعلقة بالشكل الدينى لهذا الاجراء .

(٢) من هذا الرأى Louis – Lucas – راجع مقاله المنشور فى دراسات مورى الجزء الأول تحت عنوان : La distinction du fond et de la forme dans le règlement de conflits de lois. P 195

تماما عن دور القاضى المعتاد وفقا للقانون الوطنى . ويحدث ذلك بالنسبة للطلبات ذات الصفة الوقتية والعاجلة . فلم يتشكك أحد فى أن على القاضى فى هذه الحالة أن يتخذ الاجراء المماثل فى القانون الداخلى حفاظا على الحقوق المتنازع عليها . (١)

ويرجع البعض اختصاص القضاء الوطنى بالاجراءات الوقتية والعاجلة بصفة عامة الى كون قانون القاضى هو الذى يجب تطبيقه أصلا فى هذه الحالة سواء بصفته من قوانين البوليس والأمن المدنى (٢) ، أو بصفته القانون الذى يحكم الاجراءات (٣) . وهم يرون فى هذا الفرض مثالا للحالات التى يتأثر فيها الاختصاص القضائى بالاختصاص التشريعى (٤) . اذ تختص المحاكم الوطنية بالطلبات ذات الصفة العاجلة كنتيجة لاختصاص القانون الوطنى بحكم مثل هذه المنازعات(٥) .

ونحن نعتقد مع البعض الآخر ان اختصاص المحاكم الوطنية يقوم فى هذه الحالة على اعتبارات لا شأن لها بالقانون الواجب التطبيق . فمشكلة مدى اختصاص المحاكم الوطنية أصلا بالنزاع المطروح أمامها هى مشكلة أولية

---

(١) Batiffol المطول رقم ٣٥٢ ورقم ٤٢٥ و Bischoff السابق ص ١٩٨ وما بعدها وراجع نقض فرنسى ٧ مايو ١٩٢٨ Sirey ١٩٢٨ الجزء الأول ص ٢٣٨ . ومثال المسائل العاجلة طلب تعيين وصى على القاصر الأجنبى الذى توفى والده .

(٢) راجع نقض فرنسى ٢٠ يوليو ١٩١١ — Sirey ١٩١٢ الجزء الأول ص ١٣٢ مشار اليه فى Bischoff المرجع السابق .

(٣) حكم محكمة باريس ٤ ابريل١٩٥٢. Rev. crit. ١٩٥٢ص٧٣٩ مع تعليق G. H. وانظر فى الاختلاف حول أساس تطبيق قانون القاضى فى هذه الحالة Bischoff السابق ص ٢٠٠ .

(٤) Niboyet جزء ٦ رقم ١٧٩٩ . ومنهذا الرأى فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ١٨٩ .

(٥) وراجع Francescakis, La compétence judiciaire int. Le droit int. privé de la famille en France et en Allemagne مقال منشور فى باريس ١٩٥٤ ص ٤٣٦ .

يجب الفصل فيها قبل البت فى مسألة القانون والواجب التطبيق (١) . فاذا كان من المتصور أن ينعقد اختصاص المحكمة بالنزاع ثم تؤدى واقعة اختصاص القانون الأجنبي بحكم هذا النزاع الى تخلى المحكمة عن اختصاصها فى حالات معينة كما رأينا فى الأمثلة السابقة . فانه من غير المستساغ على العكس أن يؤدى الاختصاص التشريعى ابتداء الى الاختصاص القضائى .

وواقع الأمر أن اختصاص المحاكم الوطنية بالطلبات الوقتية والعاجلة يرجع الى مافى ذلك من ضرورة لحماية الأشخاص والأموال فى الدولة وهو الأمر الذى تستلزمه اعتبارات الأمن والسكينة فى المجتمع . . وهى اعتبارات ترد بدورها الى فكرة النظام العام . (٢)

ولعل نفس هذه الاعتبارات هى التى أملت تطبيق القانون الوطنى فى الفروض السابقة . فاختصاص المحاكم الوطنية بالطلبات العاجلة وتطبيق القانون الوطنى فى شأنها على النحو الذى بيناه يرجع اذن الى تطابق الاعتبارات التى يقوم عليها كل من الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى فى هذه الحالة .

٤ — واذا كان الأصل هو أن ثبوت الاختصاص التشريعى لقانون الدولة لا يجلب فى ذاته الاختصاص القضائى لمحاكمها ، فان هناك حالات استثنائية ينص فيها المشرع صراحة على اختصاص المحاكم الوطنية بالدعوى اذا كان القانون الوطنى هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع . من ذلك الحكم الوارد فى المادة ٣٠/٧ من قانون المرافعات الجديد : وهو حكم خاص بمواد الأحوال الشخصية . وسنرجع الى دراسة هذا النص وتحليله بالتفصيل فى موضع آخر من هذا البحث . وهو على أى حال مثال استثنائى يبين كيف ينعقد اختصاص المحاكم الوطنية بالنزاع لمجرد أن القانون الوطنى هو الواجب التطبيق على هذا النزاع .

---

(١) Bauer فى رسالته السابق الاشارة اليها رقم ١٠٩ .

(٢) Bauer السابق و Batiffol المطول رقم ٤٦٨ .

٧ — تقسيم

سنتولى فى هذا الباب أساساً دراسة قواعد الإختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية .

ولكى نحسن فهم هذه القواعد وتقديرها فلابد من التعرض للمبادىء العامة فى الاختصاص القضائى الدولى والمستخلصة من الدراسة المقارنة للنظم الوضعية المختلفة . ذلك أن المشرع المصرى قد استجاب الى حد كبير ، عند وضعه لقواعد الإختصاص القضائى الدولى لمحاكم الجمهورية، للمبادىء العامة فى الإختصاص الدولى السائدة فى معظم دول العالم . ومن هنا تبدو أهمية دراسة هذه المبادىء العامة . إذ يتعين فى ضوئها تفسير القواعدالوضعية المنصوص عليها فى القانون المصرى .

ودراسة قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية على هذا النحو يفترض بداهة أن النزاع المطروح أمام القضاء يخضع للولاية الإقليمية للقضاء المصرى . إذ لو كان النزاع يخرج عن ولاية القضاء الوطنى بمقتضى العرف الدولى لما كان هناك وجه لإعمال قواعد الاختصاص القضائى إبتداء . فحق الدولة فى تنظيم إختصاص محاكمها لا يتأتى إلا فى الحدود التى تملك فيها سلطة القضاء فى الإقليم . وسنرى فيما بعد أن سلطة الدولة فى القضاء فى إقليمها ليست مطلقة . وإنما تتقيد هذه السلطة بقيود تفرضها مبادىء القانون الدولى العام . وتتمثل هذه القيود فى حق الدولة الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين فى التمتع بالحصانة القضائية فى مواجهة القضاء الوطنى .

وتبدو لنا بذلك أهمية دراسة الحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين . فهى دراسة لازمة يتعين التصدى لها قبل التعرض لقواعد الاختصاص القضائى الدولى . ذلك أن دراسة الحصانات القضائية يلقى الضوء على حدود سلطة الدولة فى القضاء فى إقليمها . وهى الحدود التى لا يجوز للدولة أن تتعداها عند وضعها لقواعد الإختصاص القضائى الدولى لمحاكمها ، وإلا انعقدت مسئوليتها الدولية .

وفى ضوء ما تقدم نقسم الدراسة فى هذا الباب الى ثلاثة فصول .

الفصل الأول : فى الحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين .

الفصل الثانى : فى المبادىء العامة فى الاختصاص القضائى الدولى .

الفصل الثالث : فى قواعد الإختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية .

الفصل الأول

الحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها ومثليها الدبلوماسيين

٨ – أساس الحصانة فى القانون الدولى العام

تتمتع الدولة وفقاً لعرف دولى مستقر بالحصانة القضائية فى مواجهة القضاء الوطنى للدول الأخرى .

والحصانة القضائية على هذا النحو هى أمر لا يخص الدول فقط . بل إن العرف الدولى قد إستقر أيضا على تمتع رؤساء الدول وممثليها الدبلوماسيين بالحصانة فى مواجهة قضاء الدول الأخرى (١) .

وأساس الحصانة القضائية للدول الأجنبية وفقاً لما إنتهى إليه الفقه الراجح هو مبدأ المساواة القانونية بين الدول أعضاء الجماعة الدولية .

فاذا كانت الدول جميعها تتساوى أمام القانون وتتمتع كل منها بالسيادة والاستقلال ، فلا يجوز أن تقوم إحداها بمقاضاة الأخرى أمام محاكمها وإلا أخلت بمبدأ المساواة (٢) .

---

(١) ويلاحظ أن المنظات الدولية لا تتمتع بالحصانة القضائية وفقاً للرأى الراجح إلا لو نص على ذلك فى الإتفاق الخاص بانشائها أو فى أى إتفاق لاحق . ويرجع ذلك إلى حداثة نشأتها وعدم إستقرار العرف الدولى بعد على تقرير حصانتها . راجع فى ذلك Niboyet مطول القانون الدولى الخاص باريس ١٩٤٩ . الجزء السادس رقم ١٧٧٤ .

(٢) راجع Arminjon موجز القانون الدولى الخاص . باريس ١٩٥٢ . الجزء الثالث ص٢١٧ وما بعدها و Batiffol المطول طبعة ١٩٥٩رقم٧٠٥ و Niboyet المطول ج٦ ص٣٤٢ وما بعدها و Chechire القانون الدولىالخاص . أكسفورد الطبعة السادسة رقم٤٧ . وأنظر مع ذلك أستاذنا الدكتور فؤاد رياض . الحصانة القضائية للدولة . مستخرج من مجموعة محاضرات الحلقة الدراسية للموسم الثقافى التى ألقيت بدار الجمعية المصرية للقانون الدولى عام ١٩٦٤ ص ٥٨ وما بعدها . وهو يرى أن أساس الحصانة القضائية للدول الأجنبية هو نفس الأساس الذى تقوم عليه كافة قواعد القانون الدولى الخاص ، أى التعايش المشترك بين الدول .

ويرفض جانب من الفقه هذا النظر . على أساس أن إعفاء الدول من الخضوع لقضاء دولة أخرى يعد إعتداء على سيادة هذه الأخيرة . ففكرة الحصانة تقوم على أفكار عتيقة من مخلفات الماضى تدعى أن الدولة ذات السيادة فوق القانون وتتمتع بمركز ممتاز حتى أمام قضائها الوطنى (١) .

ونحن لا نتفق مع هذا الرأى فى إطلاقه لأن حرمان الدولة من حصانتها أمام قضاء الدول الأخرى فى جميع الأحوال قد يؤدى إلى الإضطراب فى العلاقات الدولية . بل وإنه يتعارض — من الوجهة العملية — مع مبدأ سيادة الدولة واستقلالها . فان كان صحيحا أن مبدأ الشرعية قد يقتضى خضوع المنازعات الخاصة التى تكون الدولة الأجنبية طرفاً فيها — مثلها فى ذلك مثل الدولة صاحبة الإقليم — لولاية القضاء الوطنى ، إلا أن هذا المبدأ المثالى يقوم على إفتراض نزاهة القضاء الوطنى وحياده إزاء المنازعات التى تكون الدولة الأجنبية طرفاً فيها وهو ما يصعب التسليم به فى جميع الأحوال . ذلك أن تدخل الإعتبارات السياسية قد يؤدى بالقضاء إلى عرقلة نشاط الدولة الأجنبية أو معاملتها على وجه يتنافى مع سيادتها وكرامتها فى مواجهة الدول الأخرى . فمن العسير أن نسلم بتجرد القضاء تماما فى مثل هذه المنازعات عن التأثر بأهواء السلطة التنفيذية ، أو على الأقل بتجرده عن الإعتبارات الوطنية والتى قد تدفعه فى النهاية إلى إتخاذ موقف أقل ما يوصف به أنه بعيد عن الحيده الواجبة فى المنازعات الخاصة الدولية .

ولعل هذه الإعتبارات هى التى دفعت جانبا من الفقه المناهض لمبـدأ الحصانة إلى التسليم مع ذلك بهذا المبدأ فى بعض الفروض حفاظا على سيادة

---

(١) راجع فى ذلك : الدكتورة عائشة راتب . التنظيم الدبلوماسى والقنصلى . القاهرة ١٩٦٣ ص ٢٦ . وأنظر هذا الإتجاه فى الفقه الأنجلو سكسونى : Lord Denning مشار إليه فى Schmitthoff, L'immunité de juridiction des états souverains et le commerce international منشور فى Aspects juridiques du commerce avec les pays d'économie planifiée, Paris 1961. Traduction par Simon – Depitre p 181 et s.

الدول الأجنبية وكرامتها (١) .

ومهما كان من أمر الإتجاه المناهض للحصانة من وجهة نظر السياسة التشريعية ، فان الأمر الذى لا شك فيه هو أن العرف الدولى قد استقر على تمتع الدول بالحصانة القضائية أمام قضاء الدول الأخرى (٢) .

ومع ذلك فانه يجب الإعتراف بأن الإتجاه السالف قد نبه الأذهان إلى خطورة التوسع فى إعمال فكرة الحصانة وضرورة النظر فى وضع القيود التى تحد من نطاقها ، بحيث ينحصر تمتع الدول بالحصانة القضائية فى الفروض التى تتحقق فيها الغاية التى من أجلها تقرر مبدأ الحصانة على نحو ما سنرى فيما بعد (٣) .

أما عن الحصانة القضائية لرؤساء الدول الأجنبية ، فقد أكد جانب من الفقه أن أساسها هو فكرة المجاملة الدولية لشخصهم ، وهو نفس الأساس الذى تقوم عليه الحصانة القضائية للدولة فى نظر هذا الرأى (٤) .

ويقر جانب آخر من الفقه فكرة المجاملة الدولية كأساس للحصانة القضائية لرؤساء الدول الأجنبية مع إنكار هذا الأساس بالنسبة لحصانةالدول الأجنبية نفسها . إذ أن أساس الحصانة المقررة للدول الأجنبية وفقاً لهذا الإتجاه هو نفس الأساس الذى إنتهى إليه الفقه الغالب ، أى مبدأ المساواة القانونية بين الدول أعضاء الجماعة الدولية (٥) .

---

(١) راجع Lauter Pacht مشار إليه فى بحث Schmitthoff السابق الإشارة إليه ص ١٨١ .

(٢) ويبدو أن تشكك البعض فى وجود قاعدة عرفية دولية تلزم الدولة بالإعتراف بالحصانة القضائية للدول الأجنبية هو ما دفعهم إلى القول بأن أساس الحصانة هو فكرة المجاملة الدوليـة . راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٥٩ رقم ٧٠٢ .

(٣) راجع ما بعده رقم ٩ .

(٤) Batiffol المطول رقم ٧٠٢ .

(٥) راجع Niboyet الجزء السادس رقم ١٧٨٥ .

ويشير جانب من الفقه إلى أن الحصانة القضائية المقررة لممثلى الـدولة الدبلوماسيين تقوم على نفس الأساس الذى تقوم عليه حصانة رؤســاء الدول ، أى فكرة المجاملة الدولية لأشخاصهم (١) .

ويرفض جانب آخر من الشراح هذا النظر مؤكدا أن أساس الحصانة المقررة لكل من رئيس الدولة الأجنبية وممثلها الدبلوماسى هو أن كل منهما يمثل دولته ويعمل باسمها ، ومن ثم فيكون أمرا منطقيا أن تمتد الحصانة إليه إحتراماً لسيادة دولته واستقلالها ، وتمكينا له من أداء مهمته على وجه أكمل (٢) .

وهذا الرأى الأخير وإن كان يتمشى مع الإتجاهات الفقهية الحديثة التى تحاول أن تحصر نطاق الحصانة فى الحدود اللازمة لتمكين كل من رئيس الدولة وممثلها الدبلوماسى من أداء مهمته على الوجه الأكمل دون أن تمتد إلى تصرفاته الخاصة ، إلا أنه يتعين الإعتراف بأن الرأى السالف مازال بعيدا عن الحقائق الوضعية . فالقضاء مازال مصرا فى غالبية دول العـالم على تخويل رؤساء الدول وممثليها الدبلوماسيين حصانة قضائية شبه مطلقة .

وتدفعنا هذه الملاحظة إلى التصدى لدراسة نطاق الحصانة القضائيةللدول الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين، وهو ما نتناوله فى الفقرة التالية .

---

(١) راجع Batiffol السابق رقم ٧٠٢ .

(٢) راجع Valéry . القانون الدولى الخاص . باريس ١٩١٤ ص٦٩٢ وما بعدها . وراجع فى نقد التسوية بين الحصانة المقررة لرؤساء الدول الأجنبية والحصانة الخاصة بممثليها الدبلوماسيين الدكتور محمد حافظ غانم . مبادىء القانون الدولى العام . الطبعة الرابعة ١٩٦٤ ص ١٧٨ وهو يشير إلى خطأ تقريب رئيس الدولة من الممثل الدبلوماسى والقول بأن هذا الأخير يتمتع هو الآخر بالحصانة القضائية على أساس إعتباره ممثلا أو نائبا عن دولته . ذلك أن مثل هذا القول يضيق من جهة عن تفسير الحصانات المقررة للممثل الدبلوماسى خارج نطاق عمله الرسمى ، ومن جهة أخرى فان الملاحظ أن نطاق الحصانات المقررة لممثلى الدول الأجنبية الدبلوماسيين تقل عن تلك المقررة لرؤساء الدول .

٩ ـــ نطاق الحصانة

كان مبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية فى بادىء الأمر مطلقا . بمعنى أنه كان يحق للدولة أن تتمتع بحصانتها أمام قضاء الدول الأخرى فى جميع الأحوال وسواء تعلق النزاع بنشاطها كشخص دولى ذى سيادة أو كان النزاع ذا طبيعة خاصة كما لو تعلق بنشاطها التجارى كفرد عادى . ثم تطور القضاء فى معظم دول العالم ووضع تحفظا هاما على مبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية . فلم تعد الدولة الأجنبية تتمتع بهذه الحصانة إزاء المنازعات التى تتعلق بنشاطها التجارى (١) .

وقد بدت ملامح هذا التطور فى فرنسا بمناسبة المنازعات المتعلقة بالنشاط التجارى لروسيا السوفييتية ودول أوروبا الشرقية وغيرها من الدول التى تطور نظامها الإجتماعى والإقتصادى نحو الإشتراكية . فقد ترتب على هذا التطور أنه لم تعد المعاملات بين التجار أو الشركات والمؤسسات الخاصة التاجرة هى الصورة التقليدية الغالبة للتجارة الخاصة الدولية . بل أصبحت الدول الإشتراكية تمارس تجارتها الدولية إما بنفسها أو عن طريق مشروعاتها المؤممة .

وقد دعى هذا التطور إلى ضرورة إعادة النظر فى فكرة الحصانات القضائية للدول الأجنبية . إذ لم يعد من المقبول تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة عند ممارستها لنشاط تجارى (٢) .

---

(١) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٥٩ رقم ٧٠٥ و Arminjon السابق ص١٩٨ وما بعده و Lerebours – Pigeonnière et Loussouarn . موجز القانون الدولى الخاص. الطبعة الثامنة ١٩٦٢ رقم ٤٠٦ .

(٢) راجع Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٧٦١ .

ولا شك عندنا فى سلامة التفرقة السابقة . ذلك أن حرمان الدول الأجنبية من حصانتها هو أمر لا تقتضيه طبيعة التجارة الدولية والصفة الإستثنائية لفكرة الحصانة فحسب . وإنما هو فوق ذلك كله يشكل ضمانا للدائن الوطنى يشجعه على زيادة حجم تعامله مع هذه الدول فى معاملاته التجارية معها . مما يعود بالنفع فى النهاية على هذه الدول ذاتها (١) . ولعل هذه الحقيقة هى التى دعت الدول الاشتراكية إلى قبول هذا الوضع ، بل والسعى فى بعض الأحيان إلى طلب تجريدها من الحصانات القضائية بالنسبة لمعاملاتها التجارية الدولية حتى تضمن لمشروعاتها العامة التاجرة مزيدا من الائتمان فى الأسواق الدولية .

ويميل جانب من الفقه الفرنسى — وبحق — إلى دفع قضائه نحو مزيد من التطور إزاء الحصانات القضائية للدول الأجنبية بحيث يقتصر نطاقها فى إطار المنازعات المتعلقة بنشاط هذه الدول الذى تمارسه بوصفها شخص دولى . أما المنازعات المتعلقة بالنشاط الخاص للدولة الأجنبية فلا وجه لتمتعها بالحصانة إزاءه ولو لم يكن هذا النشاط ذا طبيعة تجارية (٢) .

وعلى ذلك فالمعيار الواجب الأخذ به فى شأن مدى تمتع الدول الأجنبية بالحصانة القضائية من عدمه هو التفرقة بين أعمالها الصادرة عنها بوصفها شخص دولى من جهة . وبين تصرفاتها العادية التى تخضع للقانون الخاص من جهة أخرى . فالدولة الأجنبية لا تتمتع بالحصانة القضائية عند ممارستها لنشاط خاص سواء اتسم هذا النشاط بالطابع التجارى من عدمه .

وهذا الحل الأخير — والذى يبدو أن المحاكم الفرنسية لم تستقر عليه

---

(١) راجع فى هذا المعنى Arminjon الجزء الثالث . ص ٢٢ .

(٢) راجع أستاذنا Loussouarn فى تعليقه على حكم محكمة Poitiers الصادر فى ١٦-٦-١٩٤٩ والمنشور فى Rev. crit ١٩٥١ ص ٦٦ وما بعدها .

بعد —(١) قد اخذ به القضاء الايطالى والبلجيكى (٢). كما أخذت به أيضا المحاكم المختلطة فى مصر (٣) . ونحن نرى مع جانب الفقه المصرى ضرورة تبنى هذا الحل فى الجمهورية العربية المتحدة نظرا للطبيعة الاستثنائية لفكرة الحصانة (٤) . فالحكمة من تمتع الدول الأجنبية بالحصانة القضائية لا تبدو واضحة إلا فى حدود الأعمال الصادرة عنها بوصفها شخص دولى (٥) .

وإذا ما تعلق الأمر بنشاط الدولة الأجنبية كشخص دولى ، فلا شك فى تمتعها بالحصانة على النحو الذى رأيناه . وإنما قد يدق الأمر بالنسبة للأشخاص العامة الأجنبية سواء كانت وحدات إقليمية معينة داخل الدولة كالمحافظة أو الولاية فى الدول المركبة . أو اتخذت شكل مؤسسات أو شركات عامة .

ويميل الفقه الفرنسى الغالب إلى إنكار الحصانة القضائية على الأشخاص العامة الأجنبية لكونها تتمتع بشخصية إعتبارية مستقلة عن الدولة التى

---

(١) راجع حكم محكمة Poitiers السابق الإشارة إليه .

(٢) راجع فى عرض هذا القضاء : Freyria, Les limites de l'immunité de juridiction et d'exécution des états étrangers, Rev. crit 1951 p 207 et s.

(٣) إستئناف مختلط ٢٩ مارس ١٩٤٣ مجلة التشريع والقضاء س ٥٥ ص ١١٤ ومشار إليه فى مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . السابق ص ٦٠٩ . هامش (٢) . وجاء فى الحكم أن « الحصانة القضائية التى تتمتع بها الدول الأجنبية تقتصر على الأعمال التى تباشرها بمالها من سيادة دون التصرفات العادية وأعمال التجارة » . وراجع أيضا حكم محكمة الإستئناف المختلط فى ١٧ يونيو ١٩٤٢ مشار إليه فى محاضرة الدكتور فؤاد رياض عن الحصانة القضائية للدولة والسابق الإشارة إليها ص ٥٤ .

(٤) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق ص ٦٠٥ وما بعدها .

(٥) ولا يصح الإعتراض على هذا المعيار بالقول بأنه يؤدى إلى إزدواج فى شخصية الدولة ، وهو ما يتنافى مع سيادتها ووحدة شخصيتها . ذلك أنه من المتصور دائما أن تقوم الدولة — إلى جانب نشاطها كشخص دولى — بنشاط خاص مثلها فى ذلك مثل أى شخص عادى . فشخصية الدولة لا تتعدد وإنما طبيعة نشاطها هى التى تتغير . راجع Loussouarn فى تعليقه على حكم محكمة Poitiers السابق الإشارة إليه . وراجع محاضرة الدكتور فؤاد رياض السابق الإشارة إليها ص ٥٤ .

تتبعها (١) .

ونحن نعتقد مع الفقه الأنجلو سكسونى بأن فكرة الشخصية المعنويةالمستقلة لا تعدو أن تكون وسيلة فنية داخلية قد تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها على وجه أفضل . ومن ثم فلا يجوز أن يكون هذا الوضع المتعلق بالتنظيم الفنى للمرافق العامة فى دولة ما سببا فى حرمان هذه الدولة من حصانتها المقررة لها وفقاً لمبادىء القانون الدولى العام (٢) .

أما بالنسبة للمؤسسات أو الشركات العامة الأجنبية التى تمارس نشاطا تجاريا أو أى نشاط خاص ولو لم يتسم بالصبغة التجارية فلا صعوبة فى الأمر . فقد رأينا أن الفقه الحديث يميل إلى تجريد الدولة من حصانتها بالنسبة لنشاطها الذى تمارسه بغير صفتها كشخص دولى .

وقد حاول جانب من الفقه الفرنسى أن يتوصل إلى نفس النتيجة التى إنتهينا إليها فأكد عدم ولاية القضاء الوطنى إزاء نشاط المؤسسات العامة الأجنبية الذى لا يتعلق بالقانون الخاص . لا على أساس تمتع الشخص العام الأجنبى فى هذه الحدود بالحصانة القضائية ، وإنما إستنادا إلى الطبيعة الإدارية للنزاع . فكما لا يجوز للمحاكم المدنية أن تنظر فى المنازعات التى تكون جهة الإدارة الوطنية طرفا فيها بوصفها سلطة عامة ، فانه لا يجوز لهذه المحاكم بالمثل — وهى جهة الإختصاص الوحيدة بالمنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا — أن تختص بنزاع مماثل تكون جهة الإدارة الأجنبية طرفا فيه (٣) . فلجهة الإدارة الأجنبية هنا — أسوة بجهة الإدارة الوطنية — أن تدفع بعدم الإختصاص الولائى للمحاكم المدنية . فالدفع هنا إذن هو دفع

---

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٧٠٥ وهو يشير إلى أحكام القضاء الفرنسى التى أكدت هذا المعنى .

(٢) راجع بحث Schmitthoff السابق الإشارة إليه ص ١٨٩ وما بعدها . وأنظر فى الفقه المصرى الدكتور فؤاد رياض . مركز المشروعات العامة فى القانون الدولى الخاص . محاضرة ملقاة بدار الجمعية المصرية للقانون الدولى يوم ٢٤ مارس ١٩٦٥ — مستخرج من مجلة مصر المعاصرة ص ١٨٨ وما بعدها .

(٣) راجع Niboyet السابق رقم ١٧٧١ .

بعدم الإختصاص الولائى وليس دفعا بالحصانة (١) .

ونحن لا نتفق مع هذا النظر . ذلك أنه من العسير أن يفسر الدفع بعدم ولاية المحاكم الوطنية للنظر فى المنازعات التى تكون جهة الإدارة الأجنبية طرفا فيها على أنه دفع بعدم الإختصاص الولائى لهذه المحاكم . فليس من المقبول أن نسلم فنيا بالطابع الإدارى للعلاقة التى تكون الدولة الأجنبية طرفا فيها (٢) . فواقع الأمر أن عدم ولاية المحاكم المدنية بنظر المنازعات المتعلقة بنشاط الدولة الأجنبية الذى تمارسه بوصفها شخص دولى — وسواء مارست هذا النشاط بنفسها أو بواسطة إحدى مؤسساتها العامة — لا يرجع إلى الطبيعة الإدارية للنزاع . وإنما يستند هذا الحل على القاعدة العرفية المقررة لمبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية على نحو ما رأينا من قبل .

وننتهى بذلك إلى أن مفهوم الحصانة القضائية للدول الأجنبية يتسع ليشمل أشخاص القانون العام فى هذه الدول ومؤسساتها العامة التى تباشر نشاطا توجيهيا يتعلق بادارة المرافق العامة . أما النشاط التجارى أو الخاص للدول الأجنبية أو لمؤسساتها العامة فقد رأينا أن القضاء يميل الآن إلى إخراجه من نطاق الحصانة ويخضعه لولايته .

وقد صاحب تطور الأفكار إزاء الحصانة القضائية للدول الأجنبية تطور مشابه فى شأن حصانة رؤساء هذه الدول . فبعد أن كانت حصانة هؤلاء فى فرنسا مطلقة فى بادىء الأمر . إتجه القضاء بعد ذلك إلى التفرقة بين المنازعات المتصلة بنشاط رئيس الدولة الأجنبية بصفته هذه (النشاط المتصل

---

(١) راجع Freyria فى بحثه السابق الإشارة إليه ص ٤٦٢ ، ٤٦٣ . وأنظر فى ربط عدم إختصاص المحاكم المدنية بنظر المنازعات التى تكون الدولة الأجنبية طرفا فيها بوصفها شخص دولى بفكرة عدم الإختصاص الولائى: Niboyet, Immunité de juridiction et incompétence d'attribution, Rev. crit. 1950 p. 139

(٢) راجع فى التفاصيل مقالنا بعنوان طبيعة الدفع بالحصانة . منشور فى مجلة العلوم القانونية والإقتصادية . س ١١ شهر يناير ١٩٦٩ رقم ١٤ .

بوظيفته) . وبين المنازعات المتعلقة بحياته الخاصة أو بنشاطه التجارى الخاص . فهو يتمتع بالحصانة القضائية فى الحالة الأولى . بينما يخضع للقضاء الإقليمى فى الحالة الثانية (١) .

وقد كان التطور المنطقى للأمور يقتضى معاملة ممثلى الدول الأجنبية الدبلوماسيين معاملة مشابهة لرؤسائها . إلا أن القضاء الفرنسى لا يزال فى غالبية احكامه يرى التوسع فى حصانة هؤلاء دون تفرقة بين المنازعات المتعلقة بحياتهم الخاصة وبين تلك المتصلة بصفتهم الرسمية .

ويرجع البعض التفرقة بين معاملة كل من رؤساء الدول الأجنبية من جهة وبين ممثليها الدبلوماسيين من جهة أخرى إلى إختلاف الأساس الذى تقوم عليه فكرة الحصانة القضائية فى كل من الحالتين . فهى تمنح لرؤساء الدول الأجنبية بصفتهم الشخصية . بينما يتمتع بها الممثلون الدبلوماسيون على أساس مبدأ إستقلال الدولة وسيادتها على النحو الذى بيناه . ولا يرى هذا الرأى أى غرابة فى التفرقة السالفة لأن رئيس الدولة لا يقيم فى دولة أخرى عادة إلا بصفة موقتة بينما تقتضى طبيعة عمل الممثل الدبلوماسى الإقامة شبه الدائمة فى الخارج مما يبرر تمتعه بالحصانة المطلقة (٢) .

ونحن نعتقد على العكس أن التفرقة السابقة لا تقوم على أساس سليم. فقد رأينا أن الفقه الحديث يميل إلى توحيد الأساس الذى تقوم عليه الحصانة سواء بالنسبة لرئيس الدولة الأجنبية أو ممثلها الدبلوماسى . فكلاهما ممثل لدولته ويستمد حصانته من سيادتها واستقلالها . ويقتضى هذا التحليل إمتداد الحصانة إليه بالقدر الذى يسمح له فقط بأداء وظيفته العامة على الوجه الأكمل . أما إقامة الممثلين الدبلوماسيين شبه الدائمة فى الخارج فهو أمر لا يخول لهم حق التمتع بالحصانة خارج حدود وظيفتهم . فاذا كان

---

(١) راجع Niboyet المطول . ج ٦ رقم ١٧٨٧ .
(٢) Niboyet السابق رقم ٧٧٨٥ .

القضاء قد إعترف أخيرا بهذا التغير بالنسبة لرئيس الدولة الأجنبية وهو فى قمة ممثليها الرسميين فان الحل أوجب بالإتباع بالنسبة للممثلين الدبلوماسيين . بل إن الدول الأجنبية ذاتها لا تتمتع بالحصانة المطلقة ، وإنما تخضع كما رأينا للقضاء الإقليمى للدول الأخرى . على الأقل بالنسبة لنشاطها التجارى . أضف إلى ذلك كله أن الحصانة القضائية هى فكرة إستثنائية يجب حصرها فى الحدود التى تستهدفها . ولا شك أن حماية رئيس الدولة الأجنبية أو ممثلها الدبلوماسى لا تجد لها سندا سليما إذا كان الأمر يتعلق بعلاقاته الخاصة أو بنشاطه التجارى الخاص (١) .

ونخلص بذلك إلى أن نطاق الحصانة القضائية يجب أن ينحصر فى نطاق المنازعات التى تتعلق بنشاط الدولة الأجنبية بوصفها شخص دولى . أو المنازعات المتعلقة بالنشاط الوظيفى لكل من رئيس الدولة الأجنبية أو ممثلها الدبلوماسى .

ومع ذلك فيجب الإعتراف بأن القضاء مازال مترددا فى غالبية دول العالم . فبينما يميل القضاء الفرنسى الحديث إلى إخراج النشاط التجارى للدول الأجنبية من نطاق الحصانة التى تتمتع بها هذه الدول . نجده غير مستقر على رأى محدد بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالنشاط الخاص لهذه الدول ما دام أن هذا النشاط لم يتسم بالطابع التجارى . ومن جهة أخرى فان التفرقة بين أعمال رئيس الدولة المتعلقة بوظيفته وبين نشاطه الخاص مازالت تفرقة غير واضحة تماما فى القضاء . بل وإن القضاء فى غالبية دول العالم مازال مصرا على تأكيد الحصانة القضائية شبه المطلقة لممثلى الدول الأجنبية الدبلوماسيين (٢) .

---

(١) راجع مقالنا فى طبيعة الدفع بالحصانة . السابق الإشارة إليه رقم ٩ .

(٢) راجع فى التفاصيل . مقالنا السابق الإشارة إليه رقم ٥ وما بعده .

١٠ - طبيعة الدفع بالحصانة

مضت الإشارة إلى أن جانبا من الفقه قد ربط بين الدفع بالحصانة وبين الدفع بعدم الإختصاص الولائى . فكما يجوز الدفع بعدم الإختصاص الولائى للمحاكم المدنية بالنسبة للمنازعات التى تكون جهة الإدارة الوطنية طرفا فيها بوصفها سلطة عامة . فانه يجوز بالمثل الدفع بعدم إختصاص هذه المحاكم بنظر المنازعات التى تكون الدولة الأجنبية طرفا فيها بوصفها شخص دولى(١).

وقد سبق لنا أن رفضنا هذا النظر على أساس أنه من العسير أن نسلم بالطبيعة الإدارية للنزاع الذى تكون الدولة الأجنبية أو رئيسها أو ممثلها الدبلوماسى طرفا فيه (٢) .

ومن جهة أخرى.وحتى لو سلمنا جدلا بسلامة هذا النظر .فان الملاحظ أن الرأى السالف يقوم على إفتراض مؤداه أن الحصانة القضائية لا تتناول سوى المنازعات التى تكون الدولة الأجنبية طرفا فيها بوصفها شخص دولى . أو المنازعات المتعلقة بممارسة رئيس الدولة الأجنبية أو ممثلها الدبلوماسى لوظيفته . ومع ذلك فقد رأينا أن القضاء مازال مترددا فى الأخذ بهذا الإتجاه . بل أن القضاء الغالب يصر فى غالبية أحكامه على تأكيد الحصانة القضائية شبه المطلقة لممثلى الدول الأجنبية الدبلوماسيين . فان كان الأمر كذلك فكيف يمكن أن تفسر حق هؤلاء فى الدفع بالحصانة بالنسبة للمنازعات المتعلقة بحياتهم الخاصة إذا كان هذا الدفع هو مجرد دفع بعدم

---

(١) راجع بحث Niboyet السابق الإشارة إليه والمنشور فى Rev. crit ١٩٥٠ ص ١٣٩ وما بعدها و Freyria فى بحثه السابق والمنشور فى نفس المجلة ١٩٥١ ص ٢٠٧ وما بعدها .

(٢) راجع ما قبله رقم ٩ .

الإختصاص الولائى للمحاكم المدنية (١) .

ولهذا تميل الفقه الغالب إلى القول بأن الدفع بالحصانة هو دفع بعـدم الإختصاص الدولى للمحاكم الوطنية (٢) .

وعندنا أن فكرة الحصانة تخرج عن مفهوم « الإختصاص » وفقا لمعناه الفنى فى الإصطلاح القانونى . فقواعد الإختصاص هى قواعد داخلية تضعها كل دولة وفقاً لما تراه محققاً لسياستها التشريعية . وتستوى فى ذلك قواعد الإختصاص الداخلى وقواعد الإختصاص الدولى . أما فكرة الحصانة فهى تقوم وفقاً للرأى الراجح على أسس ثابتة فى القانون الدولى العام . فهى تعد قيدا على سلطة الدولة فى القضاء يفرضه العرف الدولى .

وعلى ذلك فاذا كان للدولة أن تنظم إختصاص قضائها بالمنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً على النحو الذى يتفق وسياستها التشريعية . إلا أن ذلك

---

(١) بل وإن تقريب الدفع بالحصانة من الدفع بعدم الإختصاص الولائى سوف يؤدى على العكس إلى حرمان الدول الأجنبية من حصانتها فى بعض الفروض التى لم يتشكك الرأى المخالف فى وجوب تمتع هذه الدول بالحصانة فيها . إذ من المعلوم أن المحاكم العادية تختص فى كل من فرنسا ومصر ببعض المنازعات ذات الطابع الإدارى (مثل دعاوى التعويض عن الأعمـــال المادية لجهة الإدارة) . وفى هذه الحدود فان ربط الدفع بالحصانة بالدفع بعدم الإختصاص الولائى يؤدى إلى تعذر الدفع بالحصانة ما دام أن الأمر يتعلق بنزاع يدخل فى ولاية المحاكم العادية رغم طابعه الإدارى وهو مالا يعقل أن يكون أنصار الرأى الذى نناهضه قد هدفوا إليه . راجع فى مزيد من التفصيل حول هذا الموضوع : مقالنا فى طبيعة الدفع بالحصانة والسابق الإشارة إليه رقم ١٢ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . رقم ٢٠٥ — وهو ينتقد تقريب مشكلة الحصانة القضائية من قواعد الإختصاص الداخلى (الإختصاص الوظيفى) ويرى أنهـا مسألة تتعلق بالإختصاص الدولى للمحاكم الوطنية .

لا يتأتى بداهة إلا فى الحدود التى تملك فى شأنها سلطة القضاء أصلا (١) . ولهذا فقد آمنا بأن الدفع بالحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين لا يعد دفعاً بعدم الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية . وإنما هو دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها فى مواجهة شخص لا يخضع لسلطة القضاء الوطنى إبتداء (٢) .

١١ — التنازل عن الحصانة وأثره

لما كانت الحصانة القضائية للدول الأجنبية هى إمتياز ممنوح لها بغرض المحافظة على سيادتها وإستقلالها فى مواجهة الدول الأخرى، فان النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك هى أنه يجوز للدولة ان تتنازل عن حصانتها هذه وتخضع بارادتها لولاية المحاكم الأجنبية (٣) .

ويشترط القضاء الفرنسى أن يكون التنازل عن الحصانة القضائية واضحاً ومؤكدا (٤) . وهو يعتبر كذلك إذا تنازلت الدولة صراحة عن حصانتها أو إذا سلكت مسلكا يستدل منه قطعاً على هذا التنازل . ولذا حكم بأنه اذا رفعت الدولة الأجنبية دعوى أمام القضاء الوطنى لدولة أخرى فان ذلك يعد دلالة واضحة على قبولها الخضوع لولاية هذا القضاء (٥) . كذلك فان سكوت الدولة المدعى عليها عن الدفع بالحصانة وترافعها فى موضـــوع

---

(١) راجع : Bauer, Compétence Judiciaire internationale des tribunaux civils Français et Allemands. رسالة مقدمة إلى جامعة باريس. Dalloz ١٩٦٥ رقم ٦ .

(٢) راجع مقالنا فى طبيعة الدفع بالحصانة السابق الاشارة إليه رقم ٢١ .

(٣) راجع Niboyet المطول . الجزء السادس ص ٣٥٦ .

(٤) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية (دائرة الطعون) ٢٨ يناير ١٩٣٢ . Rev. crit ١٩٣٤ ص ٩٣٥ وحكم محكمة الرين فى ١٩ مارس ١٩١٩ Rev. crit ١٩٢٢ ص ٧٤٣ .

(٥) راجع Batiffol المطول رقم ٧٠٦

الدعوى مباشرة يفيد عادة تنازلها عن الحصانة المقررة لمصلحتها (١) .

ومع ذلك فان قرينة الحصانة القائمة على سكوت الدولة الأجنبية عن الدفع بها ليست مطلقة . ولذا يجوز للدولة الأجنبية ان تتمسك بحصانتها فى أى مرحلة كانت عليها الدعوى (٢) . بل ان بعض أحكام القضاء الفرنسى قد أنكرت حق القاضى فى التصدى لنظر الدعوى من تلقاء نفسه اذا لم تقبل الدولة الأجنبية السير فيها صراحة (٣) . وبديهى انه يتعين على المحكمة ان تقضى بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها فى حالة غياب الدولة المدعى عليها ، اذ لا يعقل إفتراض تنازلها عن حصانتها فى هذه الحالة (٤) .

ويستلزم القضاء الفرنسى ان يكون تنازل الممثل الدبلوماسى عن حصانته مقرونا بموافقة حكومته على هذا التنازل (٥) . ويفسر ذلك بأنالدبلوماسين لا يتمتعون بالحصانة القضائية بصفتهم الشخصية ، وإنما بوصفهم ممثلين للحكومات التى يتبعونها (٦) .

---

(١) راجع Batiffol السابق رقم ٧٠٦ وأنظر مع ذلك Valéry المرجع السابق . وهو يرى ان الحصانة القضائية للدول الأجنبية هى أمر يمس النظام العام ولذا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

(٢) راجع ,Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٧٨٤ .

(٣) راجع نقض فرنسى (دائرة الطعون) ٥ يناير ١٩٤٦ Sirey ١٩٤٧ الجزء الأول . ص ١٣٧ .

(٤) راجع Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٧٦٨ . مع ملاحظة أنه لايرى فى ذلك حكما بعدم القبول على نحو ما ذكرنا فى المتن ، وإنما حكما بعدم الاختصاص .

(٥) راجع على سبيل المثال حكم محكمة السين فى ٢٠ يونيو ١٩٢٧ .Rev. crit ١٩٢٨ . ص ٤٨٨ .

(٦) راجع هذا الرأى معروضاً فى Niboyet ج ٦ ص ٣٨٦ .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي وجوب الأخذ بهذا الحل بالنسبة لرؤساء الدول الأجنبية لأنهم أيضاً لا يتمتعون بالحصانة بصفتهم الشخصية وإنما بوصفهم ممثلين لدولهم (١) .

ويترتب على التنازل عن الحصانة القضائية على الوجه السالف إمكان السير فى الدعوى ضد الدولة الأجنبية أو رئيسها أو ممثلها الدبلوماسى . ذلك أن مؤدى التنازل عن الحصانة إسترداد الدولة التى أثير النزاع أمام محاكمها لسلطتها فى القضاء . وبالتالى خضوع النزاع المتعلق بالدولة الأجنبية أو رئيسها أو ممثلها الدبلوماسى للولاية الاقليمية للقضاء الوطنى . وينبنى على ذلك عادة اختصاص هذا القضاء بنظر النزاع . وقد يكون هذا الاختصاص قائما على أحد ضوابط الاختصاص المحددة فى قانون القاضى كما لو تعلق النزاع بمال موجود فى دولة المحكمة التى طرح النزاع أمامها أو غير ذلك من الضوابط الشخصية أو الموضوعية التى ستتعرض لها فيما بعد . بل وان عدم توافر أحد أسباب الاختصاص التقليدية لا يحول دون خضوع النزاع مع ذلك لولاية المحكمة التى رفعت أمامها الدعوى على أساس فكرة الخضوع الإختيارى . فسنرى فيما بعد ان رضاء الخصوم بالخضوع لولاية المحاكم الوطنية يعد فى ذاته ضابطاً لإختصاص هذه المحاكم فى معظم دول العالم .

ولا شك ان رفع الدولة الأجنبية لدعواها أمام محاكم دولة أخرى يفيد رضاءها بالخضوع لولاية هذه المحاكم . ومن جهة أخرى فان تنازل الدولة الأجنبية المدعى عليها عن حصانتها يمكن أن يستدل منه ضمنا على رضائها

(١) Niboyet السابق رقم ١٧٨٩ . وهو يرى أن الأحكام القضائية التى لم تستلزم ان يكون تنازل رئيس الدولة مقرونا بموافقة حكومته قد إنتهت إلى هذه النتيجة لما لرؤساء الدول الذين تنازلوا عن حصانتهم فى هذه الدعاوى — وهم باى تونس وأمير موناكو — من وضع خاص . اذ يتمتع هؤلاء بسلطات مطلقة فى دولهم ومن ثم لا توجد سلطة سواهم يمكن الرجوع إليها للموافقة على التنازل عن حصانتهم .

بالخضوع الإختيارى لولاية القضاء الوطنى (١) .

وكما يترتب على التنازل عن الحصانة القضائية إمكان السير فى الدعوى ضد الدولة الأجنبية أو رئيسها أو ممثلها الدبلوماسى . فان مؤدى تنازل هؤلاء عن الحصانة أيضاً إمكان إتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى فى مواجهتهم تنفيذا للحكم الصادر ضدهم (٢) .

ومع ذلك فقد حكم القضاء الفرنسى فى غالبية أحكامه بأن التنازل عن الحصانة القضائية لا يتضمن بالضرورة التنازل عن الحصانة المتعلقةباجراءات التنفيذ (٣) .

بل ان القضاء قد ذهب فى كثير من دول العالم إلى حد القول بأنالسماح بمقاضاة الدولة الأجنبية فى الأحوال التى لا تتمتع فيها بالحصانة القضائية لا يعنى إمكان تنفيذ الأحكام الصادرة ضد هذه الدولة أو رئيسها أوممثلها الدبلوماسى ، وإنما يتعين الالتجاء فى هذه الحالة إلىالطرق الدبلوماسية (٤) .

---

(١) والتفرقة بين ما إذا كان اختصاص القضاء الوطنى بالنزاع يقوم على فكرة الخضوع الإختيارى وبين ما اذا كان مبنى الإختصاص فى هذا الغرض هو تحقق أحد أسباب الإختصاص الأخرى على النحو الذى بيناه فى المتن لا تخلو من الأهمية . إذ سنرى فيما بعد ان خضوع الخصوم باختيارهم لولاية القضاء الوطنى لا يمنع القاضى من الحكم مع ذلك بعدم إختصاصه فيما لو تبين ان النزاع لا يرتبط بالإقليم بأى وجه من الوجوه .

(٢) راجع حكم محكمة Colmar مشار اليه فى Batiffol المطول ص ٧٨٩ .

(٣) راجع على سبيل المثال حكم محكمة Aix فى ٢٣ نوفمبر ١٩٣٨ Dalloz ١٩٣٩ . الجزء الثانى ، ص ٦٥ مع تعليق Colliard .

(٤) راجع فى ذلك Wolff, Private int. Law. رقم ٤٧ وما بعده .

وقد إنتقد الفقه الفرنسى — وبحق — هذا النظر . لأن الحصانة القضائية تتضمن الحصانة من إتخاذ إجراءات التقاضى والحصانة فى مواجهة إجراءات التنفيذ . واذا تنازلت الدولة عن حصانتها القضائية فلا يجوز لها ان تدفع بعد ذلك بحصانتها فى مواجهة إجراءات التنفيذ المتخذه ضدها . وذلك مراعاة لمصالح الخصوم الذين تعاملوا معها (١) .

ولنفس هذا الإعتبار فانه لا يجوز للدولة الأجنبية ان تدفع بحصانتها فى مواجهة إجراءات التنفيذ فى الأحوال التى لا تتمتع فيها بالحصانة أصلا كما لو تعلق الأمر بنشاطها التجارى (٢) .

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٧٠٦ .

(٢) راجع مقالنا فى طبيعة الدفع بالحصانة والسابق الاشارة اليه فقرة ٤ .

الفصل الثانى

المبادئ العامة فى الاختصاص القضائى الدولى

١٢ – أهمية البحث

مضت الاشارة الى أن قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم تتصف بحسب الأصل العام بوطنيتها أسوة بغيرها من قواعد القانون الدولى الخاص. فالمشرع فى كل دولة يضع القواعد التى يراها أكثر اتفاقا مع أهدافه السياسية والتشريعية والاجتماعية . ويؤدى ذلك بالضرورة الى تنوع أحكام الاختصاص الدولى للمحاكم فى القوانين الوضعية المختلفة .

ومع ذلك فان الدراسة المقارنة لمختلف النظم القانونية تكشف لنا عن وجود مبادىء أساسية تشترك معظم الدول فى الأخذ بها . ويرجع ذلك الى أنه ومهما كان اختلاف الدول فى الأهداف التى تسعى للتوصل اليها بمقتضى سياستها التشريعية ، فان هناك اعتبارات مشتركة تعود الى فكرة سيادة الدولة وحاجة المعاملات الدولية . وهى اعتبارات تشترك كافة الدول فى الحرص عليها والعمل بها .

ويلاحظ أنه اذا كان الفقه الدولى لم يتوصل حتى الآن الى بناء نظرية عامة للاختصاص أسوة بما فعل – الى حد كبير – بالنسبة لتنازع القوانين ، فقد اضطره ذلك الى الاستعانة بأحكام الاختصاص الداخلى ليستعير منها ما يراه ملائما لطبيعة الاختصاص الدولى . ويبدو أنه وجد أن قواعد الاختصاص المحلى هى أقرب القواعد الداخلية الى طبيعة الاختصاص

الدولى (١) . فكل منها ينظم الاختصاص الاقليمى للمحاكم المختلفة . ومع ذلك يظل هناك فارق هام بين الاختصاصين . فبينما تنصب قواعدالاختصاص المحلى على توزيع الولاية الاقليمية للمحاكم التابعة لدولة واحدة وبالتالى لسيادة واحدة . نجد أن قواعد الاختصاص الدولى تهدف الى تحديد اختصاص محاكم الدولة بوجه عام فى مواجهة محاكم الدولة الأخرى . وهنا تظهر بالضرورة أهمية فكرة سيادة الدولة وحاجة المعاملات الدولية . ويؤدى هذا الفارق الجوهرى بين الاختصاصين الى اختلاف أحكام كل منهما بالضرورة على نحو ما سنبين خلال هذه الدراسة (٢) .

ومن ذلك تبدو بجلاء فائدة دراسة المبادىء الأساسية المشتركة فى الاختصاص الدولى . اذ يتعين فى تقديرنا الرجوع الى هذه المبادىء عند تفسير النصوص الوطنية المنظمة للاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية . ذلك أن الاكتفاء بتفسير هذه النصوص على ضوء المبادىء العامة فى الاختصاص الداخلى قد يتنافى مع الاعتبارات التى يهدف اليها تنظيم الاختصاص الدولى للمحاكم أصلا (٣) .

---

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٦٩٩ و Niboyet المطول جزء ٦ رقم ١٧٢٩ . وأنظر عكس هذا الرأى Bartin مبادىء القانون الدولى الخاص الجزء الأول ص ٣١٠ — ٣١٢ . وهو يرى أن قواعد الاختصاص الدولى تقترب من قواعد الاختصاص الولائى فى القانون الداخلى .

(٢) وراجع فى هذا المعنى تقديم Roger – Perrot لرسالة Bauer السابق الاشارة اليها .

(٣) راجع Françescakis فى تعليقه على حكم محكمة باريس الصادر فى ٢٦ ابريل ١٩٥٢ . Rev. crit. ١٩٥٢ ص ٣٤٨ و Hébraud — المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٠ ص ٩٦ رقم ١٤ وأنظر تقديم Roger Perrot لرسالة Bauer السابق الاشارة اليها ص XI وما بعدها . وقد نادى Niboyet قبل ذلك بضرورة النظر الى قواعد الاختصاص الدولى بصفة مستقلة عن قواعد الاختصاص الداخلى . راجع مؤلفه المطول جزء ٦ رقم ١٧٢٤ .

وسنتعرض فيما يلى لأهم المبادىء العامة فى الاختصاص القضائى الدولى والمستخلصة من الدراسة المقارنة للتشريعات المختلفة .

١٣ — أولا : مبدأ قوة النفاذ Principle of Effectiveness

يرجع أصل مبدأ قوة النفاذ الى الفقه الأنجلو سكسونى ، والذى يرى فيه معيارا أساسيا تتحدد به جميع حالات الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية . فتختص محاكم الدولة — وفقاً لهذا المبدأ — بالمنازعات التى تملك فى شأنها السلطة الفعلية والحقيقية التى تجعلها قادرة على كفالة آثار الحكم الصادر عنها (١) .

وطبيعى أن تبدو أهمية مبدأ قوة النفاذ فى الحالات التى يتضمن فيها النزاع عنصرا أجنبيا . ذلك ان الملحوظ بالنسبة للعلاقات الوطنية البحت أن آثار الحكم الصادر فى شأنها مكفولة دائما ، لخضوع عناصر النزاع وأطرافه جميعها الى سيادة واحدة تملك دون غيرها ضمان تنفيذ الحكم . أما فى مجال الاختصاص الدولى فقد لا تستطيع المحكمة — نتيجة لتوطن المدعى عليه فى دولة أجنبية أو لوجود المال محل النزاع فى الخارج — ضمان التنفيذ الفعلى للحكم الصادر عنها . ولذا سنرى فيما بعد أن معظم قواعد الاختصاص الدولى تقوم على مبدأ قوة النفاذ . اذ من غير المقبول أن تصدر محاكم الدولة حكما لا تملك القدرة على تنفيذه .

ومع ذلك فيجب ألا نغالى مع البعض (٢) فى أهمية المبدأ السالف الى حد القول بضرورته كأساس لجميع قواعد الإختصاص الدولى . فمن ناحية نجد أن هناك فروض لا يمكن التنبؤ فيها مقدما بمكان وزمان تنفيذ الحكم . ومن

---

(١) Graveson تنازع القوانين ١٩٥٢ ص ٢٦٣ و Dicey تنازع القوانين ص ١٣١ و Niboyet جزء ٦ رقم ١٧١٩ .

(٢) Chechire — القانون الدولى الخاص ص ١٣٠ وما بعدها .

ناحية أخرى فما الذى يمنع محاكم الدولة من النظر فى نزاع ما اذا دعت الى ذلك اعتبارات الملاءمة ما دام أنه من الممكن بعد ذلك تنفيذ هذا الحكم فى دولة أخرى تملك القدرة على كفالة آثاره ؟ فقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية التى تأخذ بها غالبية الدول تقوم أساسا على هذا الاعتبار (١) .

١٤ — ثانيا : اختصاص محكمة موطن المدعى عليه Actor sequitur forum rei

يعتبر هذا المبدأ من أهم المبادىء التى يقوم عليها كل من الاختصاص القضائى الدولى والاختصاص الداخلى (المحلى) للمحاكم . فالمدعى هو الذى عليه أن يسعى الى محكمة المدعى عليه ليقاضيه أمامها .

وتقوم هذه القاعدة التقليدية فى القانون الداخلى على أساس أن الأصل فى الانسان هو براءة الذمة وان على من يدعى بحق ما فى مواجهة آخر أن يسعى هو الى موطن المدعى عليه . كذلك فيجب افتراض أن الوضع الظاهر مطابق للحقيقة الى أن يثبت العكس . فمن له الحيازة الظاهرة على مال يفترض فيه أنه مالكه الى أن يقدم آخر الدليل على ملكيته لهذا المال . وكل من القرينتين السابقتين تقتضى أن يسعى المدعى بالحق الشخصى (القرينة الأولى) أو المدعى بالحق العينى (القرينة الثانية) الى موطن المدعى عليه .

والى جانب هذه الاعتبارات النظرية فهناك اعتبار عملى هام يستوجب الأخذ بالقاعدة السابقة . اذ أن تجاهلها يجعل المدعى عليه تحت رحمة المدعى غير الأمين الذى يمكنه أن يرفع دعواه أمام محكمة بعيدة عن موطن المدعى عليه ويكبده بذلك مصاريف الانتقال دون أن يستطيع هذا الأخير عملا استرداد نفقاته من المدعى المفلس (٢) .

---

(١) Niboyet السابق ص ٢٦٨ .

(٢) Cuche et Vincent, Procédure civile
طبعة ١٣ — دالوز ١٩٦٣ رقم ٢٣٣ .

ولا شك أن الاعتبارات السابقة تصلح من باب أولى لتبرير مبدأ اختصاص محكمة موطن المدعى عليه فى نطاق الاختصاص الدولى . بل ان هناك اعتبارا أقوى يؤكد ضرورة المبدأ السابق فى المجال الدولى بصفة خاصة . ذلك أن محكمة موطن المدعى عليه هى القادرة بلا شك على الزامه بالحكم الصادر ضده لما لها من سلطة فعلية عليه . ومن هنا تبدو الأهمية البالغة لمبدأ قوة النفاذ كأساس للاختصاص القضائى الدولى للمحاكم (١) .

١٥ — ثالثا : اختصاص محكمة موقع المال

تختص محاكم الدولة وفقاً لهذا المبدأ بكافة المنازعات المنصبة على مال موجود فيها سواء كان عقارا أو منقولا ماديا (٢) .

وهذه القاعدة مأخوذ بها أيضا فى مجال الاختصاص الداخلى (المحلى) وان كان اعمالها فى هذا المجال الأخير يقتصر عادة على المنازعات المتعلقة بالعقارات (٣) . اذ تختص بالنظر فى الدعاوى المنقولة محكمة موطن المدعى عليه (٤) .

ويقوم اختصاص محكمة موقع العقار فى القانون الداخلى على أساس أنها أنسب المحاكم للفصل فى الدعاوى العينية المتعلقة به . فقرب المحكمة من

---

(١) راجع Bauer فى رسالته رقم ٤٦ والدكتور فؤاد رياض السابق ص ٤٦٩ .

(٢) راجع Niboyet الجزء السادس رقم ١٨٣١ و ١٨٣٥ والدكتور فؤاد رياض السابق رقم ٤٥٢ .

(٣) مع ملاحظة التفرقة بين الدعاوى الشخصية العقارية والدعاوى العينية العقارية على نحو ما سنبين فيما بعد .

(٤) Cuche et Vincent السابق رقم ٢٣٣ ، ٢٣٦ والدكتور جميل الشرقاوى السابق ص ١٠٦ وما بعدها .

موقع العقار يسهل لها اتخاذ اجراءات معاينته أو ندب خبير لمباشرة هـذه العملية . . . الخ (١) .

ويرجع اختصاص محكمة موقع المال فى مجال الاختصاص الدولى الى نفس الاعتبار السابق بالاضافة الى اعتبارات أخرى تزيد عنه أهمية وتؤكد هذا الحل وحتميته فى هذا المجال . ذلك أن محاكم دولة الموقع هى الأقدر على النظر فى الدعاوى المتعلقة بالمال محل النزاع وفقاً لمبدأ قوة النفاذ السابق الاشارة اليه . فكفالة آثار الحكم الصادر فى مثل هذه المنازعات لا يتأتى الا لو كان هذا الحكم صادرا عن قضاء دولة تملك القدرة على اتخاذ اجراءات التنفيذ الفعلى على المال المتنازع فيه .

ولعل خير مصداق على صحة القول بكون مبدأ قوة النفاذ بصفة خاصة هو الأساس الأصيل لاختصاص محاكم دولة موقع المال بالمنازعات المتعلقة به هو امتداد اختصاص محاكم هذه الدولة الى المنازعات المتعلقة بالمنقولات المادية أسوة بالعقارات . اذ لو كانت الاعتبارات التى يقوم عليها الاختصاص الدولى للمحاكم فى هذه الحالة مطابقة تماما لتلك التى تقوم عليها قواعد الاختصاص المحلى فى القانون الداخلى لما امتد اختصاص محاكم دولة الموقع الى المنقولات . فقد رأينا أن المنازعات الداخلية المتعلقة بهذه الأخـيرة تخضع لاختصاص محكمة موطن المدعى عليه (٢) .

---

(١) Cuche et Vincent رقم ٢٣٦ .

(٢) قارن على سبيل المثال فى القانون المصرى المادتين ٤٩ ، ٥٠ من قانون المرافعات الجديد فى شأن الاختصاص المحلى والمادة ٢/٣٠ من هذا القانون والمتعلقة بالاختصاص الدولى للمحاكم المصرية . وراجع فى فرنسا Niboyet المطول جزء ٦ رقم ١٨٣٥ .

ويرجع الاختلاف بين حدود اختصاص محكمة الموقع فى النطاق الداخلى وحدود هذا الاختصاص فى المجال الدولى الى الاعتبارات الدولية ومايترتب عليها من سيادة كل دولة على اقليمها . فنى نطاق القانون الداخلى ليس هناك وجه لاستثناء الدعاوى المنقولة من القاعدة العامة فى اختصاص محكمة موطن المدعى عليه لعدم تحقق الحكمة التى اختص المشرع من أجلها العقارات بقاعدة خاصة . ذلك أنه من الميسور دائما نقل المال المنقول الى حيث توجد المحكمة المختصة محليا . أما فى المجال الدولى فان اختصاص محاكم دولة الموقع بالدعاوى المتعلقة به نجد ما يبرره . فمبدأ قوة النفاذ يقتضى اختصاص محاكم دولة الموقع لكونها الأقدر على تنفيذ الحكم الصادر عنها (١) . وهذا الاعتبار متحقق دائما بالنسبة لكافة المحاكم فى مجال الاختصاص الداخلى لكونها جميعا خاضعة لسيادة واحدة . ومن هنا يبدو لنا مرة أخرى مدى تأثير الاعتبارات الدولية على قواعد الاختصاص الدولى .

ولعل نفس هذه الاعتبارات هى التى تفسر — فى مجال القانون الداخلى — اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها أحد أجزاء العقار — اذا كان واقعا فى دوائر متعددة — بالمنازعات المتعلقة بكافة اجزائه المتفرقة (٢) . بينما تختص فى المجال الدولى محاكم الدولة التى يقع فى دائرتها جزء من العقـار اختصاصا مطلقا بالمنازعات المتعلقة بهذا الجزء .

---

(١) ومع ذلك فيجوز أن تختص محكمة موطن المدعى عليه بالدعاوى العينية المنقولة حتى لو كان المال المنقول كائن فى دولة أجنبية كما سنرى فيما بعد وذلك خلافا للدعاوى العينية العقارية حيث تختص بها محاكم دولة الموقع دون غيرها . وراجع Niboyet المطول جزء ٦ ص ٤٤٧ .

(٢) راجع المادة ٥٠ من قانون المرافعات المصرى الجديد (والمقابلة للمادة ٥٦/أ من القانون القديم) وأنظر Cuche et Vincent السابق رقم ٢٣٦ .

١٦ – رابعا : اختصاص محكمة محل الالتزام

تختص محاكم دولة محل الالتزام وفقاً لهذا المبدأ بالمنازعات المتعلقة به . ومحل الالتزام قد يكون محل انشائه كمحل انعقاد التصرف القانونى أو محل وقوع الفعل الضار . وقد يكون محل تنفيذ الالتزام كما هو الشأن بالنسبة لمكان تنفيذ العقد . فاذا نشأ الالتزام فى دولة معينة أو تم تنفيذه فى اقليمها انعقد الاختصاص لمحاكمها وفقاً للمبدأ المتقدم (١) .

وترجع القاعدة السابقة الى كون محكمة محل الالتزام هى غالبا أكثر من غيرها الماما بالظروف والملابسات التى تحيط بالنزاع المتعلق به .

١٧ – خامسا : جنسية المدعى عليه

تنص بعض التشريعات على اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر فى الدعاوى المرفوعة ضد رعاياها أينما وجدوا . وتقوم هذه القاعدة على اعتبار سياسى مؤداه أن من وظائف قضاء الدولة اقامة العدل بين رعاياها . ولا يصح أن تتخلى الدولة عن ابنائها وتحرمهم من هذا الامتياز لمجرد اقامتهم فى خارج اقليمها . فيكفى هنا ان يكون المدعى عليه متجنسا بجنسية الدولة حتى يختص قضاؤها بالدعوى المرفوعة ضده ولو لم يكن متوطنا أو مقيما فيها .

ويبدو أن هذه القاعدة من بقايا الماضى وحينما كان مرفق القضاء امتيازا للوطنيين دون غيرهم . فلما تبين خطأ هذه الافكار واختص القضاء الوطنى بالنظر فى المنازعات المتعلقة بكافة من يقطنون الاقليم وطنيين كانو أم أجانب حفاظا على الأمن والسكينة فى الدولة ، تبقت مع ذلك القاعدة

---

(١) الدكتور فؤاد رياض السابق رقم ٤٥٣ والدكتور عز الدين عبد الله السابق ص ٤٧٣ . وراجع بالنسبة للالتزامات الناشئة عن الفعل الضار Niboyet المطول جزء ٦ رقم ١٨٢٩ .

السابقة كأثر من آثار الافكار القائلة بأن مرفق القضاء هو امتياز للوطنيين على وجه الخصوص (١) .

١٨ — سادسا : **الخضوع الاختيارى** Prorogation volontaire

ومؤدى هذا المبدأ الذى تأخذ به غالبية الدول (٢) ، انه يحق للخصوم أن يتفقوا على قبول ولاية قضاء الدولة حتى لو لم تكن محاكمها مختصة بالنزاع أصلا وفقاً لأى من المبادىء السابقة .

وقد يكون الخضوع لولاية قضاء الدولة صريحا كما لو نص المتعاقدون فى الاتفاق المبرم بينهم على اختصاص قضاء دولة معينة بالنظر فى المنازعات التى قد تنشأ عن تنفيذ العقد . كما يتصور أن يكون خضوع الخصوم لولاية قضاء الدولة ضمنيا . ويحدث ذلك عندما يعين الخصوم موطنا مختارا لهم فى دولة معينة (٣) . أو حينما يترافع الخصم فى دعوى مرفوعة ضده دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة . فالتجاء المدعى الى محاكم دولة غير مختصة بنظر النزاع فى هذه الحالة يفيد خضوعه الاختيارى لقضائها (٤) .

---

(١) الدكتور فؤاد رياض السابق رقم ٤٥٤ .

(٢) ومع ذلك فهناك دول لا تأخذ بمبدأ الخضوع الاختيارى مثل الأرجنتين وأسبانيا— راجع فى أوجه النقد الى وجهت للمبدأ والرد عليها Tallon فى رسالتها تحت عنوان :

La prorogation volontaire de juridiction en droit int. privé

— دالوز ١٩٦٥ ص ١٣٣ — ١٣٩ .

(٣) Bartin ص ٣٨٦ — ومع ذلك يشترط القضاء الفرنسى الحديث أن يكون هناك ما يستشف منه اتجاه نية الخصوم الى الخضوع الاختيارى لمحاكم الدولة . فمجرد انتقاء الخصوم لموطن مختار فى دولة معينة لا يعد فى حد ذاته دليلا على خضوعهم الاختيارى لمحاكم هذه الدولة . راجع نقض مدنى ١٣ نوفمبر ١٩٥٧ Rev. crit. ١٩٥٨ ص ٧٣٥ مع تعليق Loussouarn و Tallon رقم ٢٥٢ وما بعده .

(٤) Tallon فى رسالتها السابق الاشارة اليها رقم ٢٥٩ وما بعده .

وسكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص دلالة على قبوله الضمنى لولاية محاكم هذه الدولة (١) .

ومبدأ الخضوع الاختيارى على الوجه السالف مأخوذ عن القواعد العامة فى الاختصاص الداخلى منذ القدم . ويبدو أن أول من قال به هو الفيلسوف الاغريقى « افلاطون » حينما قرر أن أكثر المحاكم اختصاصا بنظر الدعوى هى المحكمة التى ارتضى الخصوم الخضوع لحكمها (٢) .

وقد أصبحت هذه القاعدة أساسا تقليديا من الأسس التى يقوم عليهـا الاختصاص المحلى فى القانون الداخلى ، حيث يصح للخصوم كقاعدة عامة أن يتفقوا صراحة على اختصاص محكمة معينة بنظر النزاع القائم بينهم (٣) .

---

(١) راجع على سبيل المثال نقض فرنسى (الدائرة المدنية) ٥ ابريل ١٩٥٧ Rev. crit. ١٩٥٧ ص ٣٣٥ .

(٢) Tallon فى رسالتها ص ١ .

(٣) ويلاحظ مع ذلك ان قانون المرافعات الجديد قد إستحدث حكما مؤداه عدم جواز الإتفاق مقدما على إختصاص محكمة ما محليا بنظر النزاع فى الأحوال المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٦٢ . وتنص المادة ٦٢ من قانون المرافعات الجديد على أنه « إذا اتفق على إختصاص محكمة معينة يكون الإختصاص لهذه المحكمة أو للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه — على أنه فى الحالات التى ينص فيها القانون على تخويل الإختصاص لمحكمة على خلاف حكم المادة ٤٩ لا يجوز الاتفاق مقدماً على ما يخالف هذا الإختصاص » .

وتنص المادة ٤٩ المشار إليها فى المادة السابقة على أنه « يكون الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك — فان لم يكن للمدعى عليه موطن فى الجمهورية يكون الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامته . . . » .

ومؤدى الفقرة الثانية من المادة ٦٢ أنه لا يجوز الإتفاق مقدما على إختصاص محكمة معينة محليا عندما ينص القانون على إختصاص محكمة أو محاكم ليس من بينها محكمة موطن المدعى عليه . أما عندما يتفق الخصوم على إختصاص محكمة ما فى حالة يكون فيها الإختصاص فى الأصل لمحكمة موطن المدعى عليه وحدها أو لمحكمة موطن المدعى عليه مع محكمة أو محاكم أخرى فلا محل لمنـع الخصوم من مثل هذا الاتفاق . ويتعين فى هذه الحالة إعمال حكم الفقرة الأولى من المادة ٦٢ ، وهو ما يؤدى الى اختصاص المحكمة المتفق عليها أو محكمة موطن المدعى عليه .

بل تمكن للمدعى بدون اتفاق صريح أن يرفع دعواه أمام محكمة غير مختصة محليا . ويعد ذلك تنازلا منه عن الدفع بعدم اختصاصها . ويكون للمحكمة بناء على ذلك أن تنظر فى الدعوى مالم يتمسك المدعى عليه بعدم اختصاصها قبل التكلم فى الموضوع . أما لو ترافع هذا الأخير فى موضوع الدعوى فيعد ذلك تنازلا منه عن الدفع بعدم الاختصاص . كل ذلك مالم نكن بصدد حالة من الحالات الاستثنائية التى يتعلق فيها الدفع بعدم الاختصاص المحلى بالنظام العام حيث يكون للمحكمة أن تقضى دائما بعدم اختصاصها من تلقاء

= وأساس منع الإتفاق مقدماً على محكمة معينة فى الحالات المشار اليها فى الفقرة الثانية من المادة ٦٢ هو حماية الطرف الضعيف فى عقود الإذعان (راجع فى ذلك الدكتور أحمد أبو الوفا . التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات . المجلد الأول . الطبعة الأولى . الأسكندرية ١٩٦٩ ص ٢١٣ وما بعدها) . فقد راعى المشرع انه عندما يحدد حالات معينة للإختصاص المحلى على خلاف القاعدة العامة فانه يهدف الى حماية الجانب الضعيف فى الاتفاق . أما اذا منح الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه مع محاكم أخرى فانما يقصد مجرد التيسير على الخصوم (الدكتور أحمد أبو الوفا . السابق ص ٢١٦) .

ويلاحظ فى النهاية أن منع الخصوم من الإتفاق مقدماً على إختصاص محكمة معينة وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٦٢ لا يحرمهم من الحق فى الإتفاق اثناء نظر الدعوى على إختصاص محكمة أخرى غير المحكمة التى تنظر الدعوى — والمختصة أصلا بنظرها — ولو أدى ذلك الى اختصاص محكمة غير تلك التى نص عليها المشرع وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٦٢ . وأساس ذلك ان مثل هذا الاتفاق لا يخشى منه أى تعسف . وفى ذلك يقول قرار لجنة مراجعة مشروع قانون المرافعات الجديد « فى الحالات التى ينص فيها القانون على الإختصاص لمحكمة على خلاف حكم القاعدة العامة (أى لغير محكمة موطن المدعى عليه) لا يجوز الاتفاق مقدماً على استبعاد هذا الإختصاص وبهذا تزول خشية إملاء الإرادة فى عقود الإذعان وقت ابرامها . وتبقى الإرادة حرة فى قبول الإختصاص أو عدم قبوله بعد رفع الدعوى » .

وغنى عن البيان ان للمحكمة المختصة أصلا وفقا للمادة ٢/٦٢ ان تحيل الدعوى الى المحكمة المتفق عليها إعمالا لحكم المادة ١١١ من قانون المرافعات الجديد .

نفسها (١) .

ويقوم مبدأ الخضوع الاختيارى فى نطاق الاختصاص الداخلى على أساس أن قواعد الاختصاص المحلى لا تتعلق كقاعدة عامة بالنظام العام ومن ثم يجوز للخصوم الخروج عنها . اذ ليس هناك ثمة ضرر من التجاء المدعى الى محكمة بنها مثلا او الى محكمة طنطا مادام أن المدعى عليه قد قبل ذلك مختارا .

ولكن هل يصلح الاعتبار السابق أساسا لمبدأ الخضوع الاختيارى فى مجال الاختصاص الدولى ؟

هذا ما لا نعتقده . اذ لو كان الأصل فى قواعد الاختصاص المحلى هو أنها لا تتعلق بالنظام العام . فان الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لقواعد الاختصاص الدولى والتى تتسم بالصفة الآمرة فى غالبية الأحوال . فهذه القواعد تحدد ولاية قضاء الدولة ازاء المنازعات التى تثور على اقليمها وترتبط بذلك بوظيفة أساسية من وظائف الدولة وهى أداء العدالة فى الاقليم . فنحن نعلم أن العدالة هى احدى مهام الدولة الرئيسية تباشرها عن طريق سلطتها القضائية بغرض تحقيق مصلحة عامة هى اقرار النظام والسكينة فى الاقليم . وتلك اعتبارات تمس بالضرورة صميم النظام العام (٢) . فلا

---

(١) Morel, Traité élémentaire de procédure civile الطبعة الثانية — سيراى ١٩٤٩ رقم ٢٦٩ وما بعده . والدكتور احمد ابو الوفا نظرية الدفوع رقم ١٩ والدكتور جميل الشرقاوى السابق ص ١٤٢ — ومن أمثلة الحالات التى يتعلق فيها الاختصاص المحلى بالنظام العام الاختصاص بالتماس اعادة النظر حيث تختص بذلك المحكمة التى اصدرت الحكم دون غيرها — راجع أمثلة اخرى فى الدكتور احمد ابو الوفا السابق ص ٤٤ وما بعدها .

(٢) الدكتورعز الدين عبد الله ص ٥٢٧ — ٥٢٨ . وراجع مع ذلك Tallon رقم ٣٣٣ وما بعده وهى ترى أن تحديد مدى اتصال قاعدة الإختصاص الدولى بالنظام العام يستلزم الرجوع الى الحكمة التى يهدف اليها المشرع من وراء تقرير كل قاعدة على حدة ، مع ملاحظة أن تعلق قاعدة الإختصاص الدولى بالنظام العام لا يعنى أن قاعدة الإختصاص المحلى المماثلة تتعلق هى الأخرى بالنظام العام أو العكس .

يعقل أن يكون التجاء الخصوم الى محكمة بنها بدلا من محكمة طنطا فى المثال الذى ضربناه حالا ، مماثل لخضوعهم الاختيارى لمحكمة باريس بدلا من محكمة القاهرة . ففى الحالة الأولى تخضع كل من المحكمتين لدولة واحدة وبالتالى لسيادة واحدة ومن ثم فلا ضرر كأصل عام من اتفاق الخصوم على الالتجاء الى احداهما دون الأخرى . أما فى الفرض الثانى فان الأمر يتصل بسيادة الدولة بصفة مباشرة وبالتالى بالنظام العام فيها .

ولا أدل على صدق هذا التحليل من أن الكثير من دول العالم وان اتفقت على تخويل ارادة الخصوم اثر مانح لاختصاصها فهى لا تعترف للارادة — على العكس — بأثرها السالب . بمعنى أنها تحرم الخصوم كأصل عام من الخروج عن قواعد الاختصاص الدولى فيها والاتفاق على الخضوع الاختيارى لمحاكم دولة أجنبية على نحو ما سنرى فيما بعد . وفى ذلك دلالة على تعلق قواعد الاختصاص الدولى بالنظام العام .

وعلى هذا يصعب القول بأن أساس الخضوع الاختيارى لمحاكم الدولة هو الصفة غير الآمرة لقواعد الاختصاص الدولى أسوة بما عليه الحال بالنسبة للاختصاص المحلى .

وقد يبدو غريبا لأول وهلة أن تأخذ الدول المختلفة بفكرة الخضوع الاختيارى كضابط لاختصاص محاكمها بنظر النزاع ، بينما لا تقبل غالبيتها هذه الفكرة اذا ما اتفق الخصوم على الخضوع لمحاكم دولة أخرى . ولكن اذا تحرينا الأمر بدقة لما وجدنا أى غرابة فى هذا الوضع . ذلك لأنه اذا اتفق الخصوم على الخضوع لولاية قضاء دولة أجنبية فى حالة من الحالات التى تدخل فى صميم اختصاص القضاء الوطنى ، فان ذلك سوف يتعارض غالبا مع ما قدره المشرع من كون المحاكم الوطنية دون غيرها هى التى يتعين عليها نظر هذا النزاع كفالة للأمن والسكينة فى الاقليم . أما اذا اتفق

الخصوم على الخضوع لولاية القضاء الوطنى فى غير الأحوال التى تختص فيها محاكم الدولة بالنزاع وفقاً لضوابط الاختصاص الأخرى فليس فى ذلك — كأصل عام — ما يمس سيادة الدولة على اقليمها أو اعتبارات الأمن والسكينة فيها (١) .

ومن جهة أخرى فانه يمكن لنا القول بأنه وما دام المشرع قد سمح لارادة الخصوم بهذا الأثر المانح لاختصاص القضاء الوطنى فان ذلك يعد فى ذاته ضابطا قانونيا للاختصاص الدولى للمحاكم أسوة بغيره من ضوابط الاختصاص الأخرى (٢) . وللمشرع بداهة أن يعطى للارادة هذا الأثر المانح للاختصاص ويجردها — على العكس — من أثرها السالب لولاية المحاكم الوطنية نظرا لتعلق قواعد الاختصاص الدولى بالنظام العام . ولاشك أن هذه النتيجة — والمخالفة تماما للمبادىء العامة فى الاختصاص الداخلى — تعد دلالة واضحة على مدى تأثر قواعد الاختصاص الدولى بفكرة سيادة الدولة .

ونخلص بذلك الى أن مبدأ الخضوع الاختيارى لمحاكم الدولة — والذى تأخذ به غالبية الدول — هو ضابط للاختصاص الدولى للمحاكم أسوة بغيره من الضوابط التى أسلفنا الاشارة اليها . فهو لا يعبر عن أى صفة مقررة لقواعد الاختصاص الدولى . بمعنى أن عقد الاختصاص لمحاكم الدولة بناء على ارادة الخصوم فى الخضوع لولاية قضائها لا يعنى أن قواعد الاختصاص الدولى لمحاكم هذه الدولة لا تتعلق بالنظام العام . وانما كل ما فى الأمر هو

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله السابق ص ٥٣٣ .

(٢) وليس فى ذلك أى غرابة فالمشرع المصرى — أسوة بما عليه الحال فى كافة الدول الأخرى — قد جعل من الارادة ضابطا للاختصاص التشريعى فى مجال العقود الدولية . راجع رسالتنا فى « مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى » رقم ٩٨ .

أن ارادة الخصوم تعد فى حد ذاتها ضابطا للاختصاص أسوة بغيره من ضوابط الاختصاص الأخرى . أما عجز الارادة عن سلب اختصاص المحاكم الوطنية فيرجع الى كون الارادة كما رأينا ضابط لاختصاص القضاء الوطنى وليست وسيلة الى سلب اختصاص هذا القضاء (١) .

ويميل الفقه الحديث الى تأكيد حق المحكمة فى الحكم من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها بنظر الدعوى رغم خضوع الخصوم اختياريا لولايتها اذا كان النزاع لا يرتبط باقليم الدولة على أى وجه كان .

ويرجع هذا الحق بدوره — والذى يخالف هو الآخر المبادىء العامة فى الاختصاص المحلى — الى مبدأ قوة النفاذ وفكرة سيادة الدولة .

فمن جهة يلاحظ أنه لا يصح أن يكون فى تنازل الخصوم عن الدفع بعدم الاختصاص وقبولهم بالتالى ولاية القضاء الوطنى ما يجبر هذا القضاء على النظر فى نزاع لا يرتبط بالاقليم على أى وجه من الوجوه (٢) . وبالتالى

---

(١) ومع ذلك فقد تسمح الدولة بمقتضى المعاهدات الدولية بأن يتفق الخصوم — فى حدود معينة — على الخروج عن قواعد الإختصاص الدولى لمحاكمها والخضوع لولاية قضاء إحدى الدول الأخرى المتعاهدة . وفى هذه الحالة تختص محاكم الدولة التى اتفق الخصوم على الخضوع لولايتها بنظر النزاع القائم بينهم ، بينما يتعين على محاكم الدول الأخرى المتعاهدة كقاعدة عامة ان تقضى بعدم اختصاصها بالدعوى . راجع على سبيل المثال المواد ٥ ، ٦ من مشروع الإتفاقية الخاصة بالخضوع الاختيارى والتى أقرت فى الدورة العاشرة لمؤتمر لاهاى المنعقد من ٧ إلى ٢٨ أكتوبر ١٩٦٤ والذى اشتركت فيه الجمهورية العربية المتحدة . راجع نصوص المشروع منشورة فى Rev. crit. de dr. int. privé ١٩٦٤ ص ٨١٣ وما بعدها وراجع فى التعليق عليها : Lagarde, La dixième session de la conférence de La Haye de dr. int. privé منشور فى Rev. crit. ١٩٦٥ ص ٤٤٩ وما بعدها .

(٢) Bauer فى رسالته رقم ١٧٨ ويلاحظ أن القضاء الانجليزى لا يتقيد كمبدأ باتفاق الخصوم على الخضوع الاختيارى لولايته ما لم تكن هناك معاهدة دولية تنص على خلاف ذلك — راجع Gutteridge فى بحثه بمجموعة محاضرات لاهاى ١٩٣٣ مجلد ٤٤ ص ١٧٢ وما بعدها .

لا تضمن الدولة كفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه .

فما الذى يدعو المحاكم المصرية مثلا للنظر فى نزاع بين فرنسيين غير متوطنين فى مصر يتعلق بحق عينى على عقار كائن فى فرنسا . وهل يصح اجبارها فى هذه الحالة على الخضوع لارادة الخصوم الذين اتفقوا على قبول اختصاصها بمثل هذا النزاع ؟ نحن لا نعتقد ذلك ونرى أن من حق المحاكم المصرية أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها رغم خضوع الخصوم اختياريا لولاية قضائها . فاختصاص المحاكم المصرية بنظر مثل هذا النزاع يتعارض تماما مع مبدأ قوة النفاذ لانعدام وجود أى رابطة مادية بين النزاع فى هذه الحالة وبين اقليم الدولة . بل ان الحكم المصرى الذى يصدر فى دعوى مماثلة لن يلقى التنفيذ فى الخارج لأن الدولة الأجنبية المختصة بالدعوى أصلا سوف ترفض الاعتراف بآثار هذا الحكم لصدوره من قضاء غير مختص . ولا شك أنه من غير المقبول أن يصدر القضاء حكما يعلم مقدما أنه معدوم القيمة الحقيقية (١) .

ومن جهة أخرى فان كان المشرع قد جعل من ارادة الخصوم ضابطا للاختصاص الدولى للقضاء الوطنى فانه يتعين أن يكون هذا الضابط قائما على أسس ثابته حتى لا ينتهى الأمر بانصياع القضاء الى أهواء الخصوم على نحو يخل بحق الدولة الأصيل فى تنظيم اختصاص محاكمها بما يتفق ومبدأ سيادتها على اقليمها .

فاذا كان من المقبول ان يتفق الخصوم على الخضوع الاختيارى لمحاكم دولة ما فانه من المتعين بداهة أن يكون ذلك فى حدود المقبول حتى لا يترك الأمر

(١) Bauer السابق .

لأهوائهم او مجرد رغبتهم فى التهرب من أحكام قانون معين (١) .

وتبدو أهمية المشكلة فى مواد الأحوال الشخصية وبصفة خاصة فى مسائل الطلاق حيث يتعمد الخصوم الالتجاء الى محاكم الدولة التى يعلمون مقدما أنها ستحكم على النحو الذى يتفق ومصالحهم . ولعل هذا الاعتبار هو الذى حدا بالفقه الفرنسى الى رفض فكرة الخضوع الاختيارى فى مواد الأحوال الشخصية مقررا أن على المحكمة أن تقضى فى هذه الحالة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها (٢) .

ومهما كان الأمر فان كان صحيحا أن البواعث التى قد تدفع الخصوم الى الخضوع الاختيارى لمحاكم دولة معينة متعددة ولا تدخل تحت حصر ، الا أنه يجب على الأقل أن تكون هناك ثمة مصلحة مشروعة دفعت بالخصوم الى الالتجاء الى قضاء هذه الدولة .

ولعل الأمر يقترب فى هذا الفرض مما استقر عليه فقه القانون الدولى الخاص فى شأن القانون الواجبالتطبيق على العقود الدولية . فنحن نعلم أن

---

(١) فقد يتعمد الخصوم التهرب من ولاية المحكمة المختصة أصلا بالنزاع ويخضعون باختيارهم لولاية محاكم دولة أخرى يعلمون مقدماً أن قواعد الاسناد فيها تشير بتطبيق قانون مختلف . ولا شك عندنا فى ان مثل هذا المسلك يتضمن غشاً نحو القانون رغم انه لا ينطوى على تغيير فى ضابط الاسناد ، وانما يتضمن تهربا متعمدا من قواعد الإختصاص القضائى بغرض الافلا ت من أحكام القانون الواجب التطبيق . أنظر فى امكان إعمال نظرية الغش فى مجال الإختصاص القضائى الدولى Lagarde فى تعليقه على حكم محكمة باريس الصادر فى ١٩ فبراير ١٩٦٠ والمنشور فى Rev. crit. ١٩٦١ ص ١٨٢ وما بعدها وبصفة خاصة ص ١٩٢ .

(٢) Bauer فى رسالته رقم ١٧٤ وما بعده . وراجع المادة الثانية من مشروع الخضوع الاختيارى الذى أقره مؤتمر لاهاى السابق الاشارة إليه . وتنص الفقرة الأولى من هذه المادة على عدم جواز الخضوع الإختيارى فى المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والروابط العائلية. راجع Rev. crit. ١٩٦٤ ص ٨٢٨ .

ضابط الاسناد فى هذه الحالة هو ارادة المتعاقدين . ومع ذلك فان فقه القانون الدولى الخاص قد اشترط أن يكون القانون الذى اختاره المتعاقدون لحكم العقد الدولى المبرم بينهم على صلة بهذا العقد وليس غريبا تماما عنه (١) .

فان كان الأمر كذلك بالنسبة للاختصاص التشريعى فانه وبالمثل يتعين ، فى مجال الاختصاص القضائى ، الا تكون المحكمة التى اختارها الخصوم للفصل فى النزاع الناشىء بينهم على غير اتصال بهذا النزاع بأى وجه من الوجوه (٢) . ويكون للمحكمة فى هذه الحالة الأخيرة أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها خلافا للقواعد المستقرة فى شأن الاختصاص المحلى (٣) .

ويتفق هذا النظر مع ما استقر عليه القضاء الغالب فى كل من ايطاليا وانجلترا وجانب من القضاء الفرنسى من ضرورة أن تكون هناك ثمة رابطة بين النزاع الذى اتفق الخصوم على طرحه أمام محاكم الدولة من جهة وبين

---

(١) Batiffol المطول رقم ٥٧٤ .

(٢) راجع عكس هذا الرأى Tallon السابق ص ٢٠٣ حيث ترى الفقيهة الفرنسية أنه من العسير تحديد الصلة المتطلبة بين المحكمة التى اختارها الخصوم والنزاع المطروح أمامها . فتلك مسألة قد ترجع الى اعتبارات محض شخصية كأن يكون هؤلاء على ثقة خاصة بقضاء دولة معينة (المرجع السابق ص ٢٠١) .

(٣) ومع ذلك يصر القضاء الفرنسى الغالب على ضرورة التمسك بالدفع بعدم الاختصاص الدولى قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فيه . راجع على سبيل المثال نقض ٦ مايو ١٩٢٩ Dalloz ١٩٢٩ ص٣٤٨ وراجع Batiffol المطول رقم ٦٩٩ . وأنظر مع ذلك نقض فرنسى ١٩ ابريل ١٨٥٩ مشار اليه فى Tallon السابق ص ٢١٥ هامش (١) حيث قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنزاع يتعلق بعقار كائن فى دولة أجنبية رغم خضوع الخصوم اختياريا للقضاء الفرنسى.

اقليم هذه الدولة من جهة أخرى (١) . ويجد هذا الحل أساسه فى مبدأ قوة النفاذ والذى يتطلب أن تكون محاكم الدولة قادرة على الفصل فى النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه .

وهذه النتيجة التى انتهينا اليها تؤكد مرة أخرى الطابع الخاص لقواعد الاختصاص الدولى وتقطع بخطأ الرأى القائل بأن أحكام هذا الاختصاص تتطابق دائما مع قواعد الاختصاص المحلى .

١٩ — سابعا : الاختصاص بطلب الاجراءات الوقتية Mesures Provisoires

من القواعد المستقر عليها فى غالبية التشريعات أن محاكم الدولة تختص باتخاذ الاجراءات الوقتية والضرورية للمحافظة على الحقوق حتى يتم الفصل فى النزاع الأصلى المطروح أمام القضاء الأجنبى (٢) . وتطبيقا للمبدأ السالف تختص محاكم الدولة بطلب النفقة الوقتية الذى تتقدم به الزوجة الأجنبية أثناء نظر دعوى التطليق المرفوعة أمام المحكمة المختصة فى دولة أخرى ولو لم يكن القضاء الوطنى مختصا بالنزاع الأصلى (دعوى التطليق) . كما تختص المحاكم الوطنية تطبيقا لنفس المبدأ بالاجراءات التحفظية على الأموال محل النزاع كتعيين حارس عليها حتى لو كانت الدعوى الأصلية مرفوعة أمام القضاء الأجنبى .

---

(١) انظر فى عرض هذا القضاء Tallon فى رسالتها رقم ٣١٣ وما بعده . وقد أقرت اتفاقية لاهاى فى شأن الخضوع الاختيارى والسابق الاشارة اليها هذا المبدأ فنصت المادة ١٥ منها على حق كل من الدول المتعاهدة فى عدم الاعتداد بالاتفاق على الخضوع لولاية محاكمها فيما لو تبينت ان النزاع لا يرتبط باقليمها بأى وجه كان . راجع .Rev. crit ١٩٦٤ ص ٨٢٩ — وراجع عكس هذا الرأى معروضا فى Tallon المرجع السابق رقم ٣١٧ وما بعده .

(٢) Lerebours – Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٣٩٩ والدكتور فؤاد رياض رقم ٤٥٧ .

ويقوم اختصاص القضاء الوطنى بالاجراءات الوقتية على الوجه السالف على اعتبارات العدالة وضرورة حماية الحقوق والأموال المتنازع عليها ، وهو الأمر الذى تستلزمه متطلبات الأمن والسكينة فى الدولة (١) .

٢٠ — ثامنا : حالة الارتباط Gonnexité

من المبادىء المقررة فى معظم بلاد العالم أن محاكم الدولة تختص بالدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة أمامها . فاذا كانت محاكم دولة معينة تختص بنزاع مطروح أمامها بصفة أصلية فيكون لها أن تنظر بالمثل فى الدعاوى المرتبطة بهذا النزاع ولو لم تكن هذه الأخيرة مما يدخل فى ولايتها أصلا (٢) .

ويقوم الارتباط عادة على أساس وحدة موضوع الدعوى أو سببها أو أطرافها . ومع ذلك فقد يقوم الارتباط فى غير هذه الأحوال كما لو كان بين الدعويين صلة وثيقة تجعل من حسن سير العدالة الحكم فيهما معاً . ومن أمثلة الارتباط دعوى الموكل على وكيله برد ما سلمه اليه من مستندات ودعوى الوكيل على الموكل بالمطالبة بالمصاريف والأتعاب . كذلك الدعوى التى يرفعها متعاقد بتنفيذ العقد والدعوى التى يقيمها المتعاقد الآخر ببطلان العقد .

ولاشك أن اعتبارات حسن سير العدالة وتلافى الأحكام المتعارضة والتى اقتضت الأخذ بقاعدة الارتباط فى القانون الداخلى (٣) ، هى أيضا التى أملت اعمال هذه القاعدة فى مجال الاختصاص الدولى .

(١) Bauer فى رسالته رقم ١٠٩ و Batiffol المطول رقم ٦٩٨ و ٤٦٨ .
(٢) Niboyet رقم ١٨٤٣ والدكتور فؤاد رياض رقم ٤٥٦ .
(٣) Morel رقم ٢٨٣ ، ٣٠٢ والدكتور جميل الشرقاوى ص ١٤٩ وما بعدها .

ومع ذلك تظل لفكرة سيادة الدولة وللاعتبارات الدولية أثرهما على نظرية الارتباط مطبقة فى مجال الاختصاص الدولى . ولذا نجد أن القضاء ورغم أنه قد جرى فى فرنسا وغالبية الدول الأخرى على تأكيد اختصاصه بالدعاوى التى ترتبط بنزاع أصلى يدخل فى ولايته . فانه لا يقبل على العكس التخلى عن اختصاصه بالدعوى التى رفعت اليه ولو كانت مرتبطة بدعوى أصلية منظورة أمام قضاء دولة أخرى (١) . « فتطبيق المبدأ المذكور كان يقتضى فى هذه الحالة الأخيرة بأن تتخلى محاكم الدولة عن الدعوى المرتبطة لتنظرها المحكمة الأجنبية المختصة بنظر النزاع الأصلى » (٢) .

وهذا التطبيق غير المنطقى لقاعدة الارتباط فى المجال الدولى يرجع الى عدم وجود سلطة عليا تتولى توزيع الاختصاص بين محاكم مختلف الدول ، ومن ثم تستقل كل دولة بوضع قواعد اختصاص محاكمها على الوجه الذى تراه ملائما لها دون اعتداد بما قد يؤدى اليه هذا الوضع من تضارب الأحكام وتجاهل لاعتبارات حسن سير العدالة (٣) .

ومهما كان الأمر فلعله من الخير أن يقبل القضاء الوطنى الدفع باحالة الدعوى الى القضاء الأجنبى للارتباط اذا كانت محاكم الدولة الأجنبية أقدر على الفصل فى النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه . ونحن نكتفى هنا بالاشارة الى هذه الفكرة والتى سنعود الى دراستها تفصيليا عند التعرض لقواعد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية .

---

(١) Niboyet ص ٤٦٥ .

(٢) أستاذنا الدكتور فؤاد رياض المرجع السابق ص ٤٧٢ .

(٣) Batiffol المطول ص ٧٨١ .

الفصل الثالث

الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية .

٢١ — تمهيد

عدد المشرع فى المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ضوابط الإختصاص الدولى للمحاكم المصرية .

وقد جرى الفقه والقضاء عند صدور القانون القديم على الرجوع إلى المادة«٣» منه لمعرفة مدى إختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المتضمنة عنصراً أجنبيا وسواء تعلق النزاع بمواد الأحوال العينية ، أو بمواد الأحوال الشخصية .

وكان هذا المسلك يقوم على أساس عموم نص المادة « ٣ » وعدم تصريح المشرع بما اذا كانت هذه المادة تتضمن ضوابط الإختصاص بمواد الأحوال العينية والأحوال الشخصية على السواء ، أم أنها تتعلق بمسائل الأحوال العينية دون غيرها .

واستمر الحال كذلك حتى صدور القانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٥١ والذى أضاف به المشرع كتاب رابع الى قانون المرافعات القديم فى شأن الاجراءات المتعلقة بالأحوال الشخصية تضمن الفصل الأول من الباب الأول منه « قواعد الإختصاص العام للمحاكم المصرية فى مسائل الأحوال الشخصية

للأجانب » (١) . وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون ان المشرع قد هدف الى وضع ضوابط اختصاص المحاكم المصرية بمواد الأحوال الشخصية ، « لأنه لوحظ ان نص المادة « ٣ » من قانون المرافعات قليل الجدوى فى تحديد أسس الإختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية » . ومنذ ذلك الحين إستقر فقه القانون الدولى الخاص فى مصر على تقسيم دراسة الإختصـــاص القضائى الدولى الى قسمين : الأول يتعلق بضوابط الإختصاص فى مواد الأحوال العينية ، ويتضمن بحث ضوابط الإختصاص المشار إليها فى المادة « ٣ » من قانون المرافعات . والثانى يتعلق بالإختصاص فى مواد الأحوال الشخصية . ويشتمل على دراسة ضوابط الإختصاص المنصوص عليها فى المواد من ٨٥٩ إلى ٨٦٧ والتى تضمنها الكتاب الرابع من قانـــون المرافعات (٢) .

وقد سبق لنا ان انتقدنا هذا النظر . لأن المشرع وان قصد باضافته للباب الرابع أساسا وضع ضوابط الإختصاص التى تتلاءم مع مواد الأحوال الشخصية ، إلا أنه قد تدارك بهذه المناسبة أيضاً النقص الذى كانت تعانيه المادة « ٣ » حتى بالنسبة لمواد الأحوال العينية . وبذلك يمكن القول بأن القواعد الواردة بالباب الرابع لم تكن تتضمن المبادىء الخاصة ببعض الدعاوى المحددة والمتعلقة بمواد الأحوال الشخصية فقط . وإنما تتضمن هذه القواعد أيضاً الكثير من المبادىء العامة الواجبة التطبيق سواء فى مواد

---

(١) المواد من ٨٥٩ إلى ٨٦٧ .

(٢) راجع فى اتباع هذا المنهج على سبيل المثال الدكتور عز الدين عبد الله . الجزء الثانى . الطبعة الثانية رقم ١٧٤ وما بعده وبصفة خاصة ص ٤٨٩ والدكتور محمد كمال فهمى . أصول القانون الدولى الخاص . الأسكندرية ١٩٥٥ ص ٤٩٠ وما بعدها .

الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية (١) .

ولا أدل على ذلك من أن الكثير من ضوابط الإختصاص التى كان يتضمنها الباب الرابع لا تعد حكراً على مواد الأحوال الشخصية دون غيرها . بل تتضمن الكثير منها مبادىء عامة تصلح للتطبيق سواء فى مواد الأحوال العينية أو مواد الأحوال الشخصية . من ذلك حرص المشرع على النص على مبدأ الخضوع الإختيارى كضابط لإختصاص المحاكم المصرية (المادة ٨٦٢) ، وتأكيده لإختصاص هذه المحاكم بالتدابير الوقتيةوالتحفظية التى تنفذ فى مصر (المادة ٨٦٣) ، وبالدعاوى المرتبطة والمسائل الأولية (المادة ٨٦٤) .

وعلى هذا النحو انتهينا فى ظل القانون القديم الى ان النصوص المنظمة للإختصاص الدولى والتى تضمنها الكتاب الرابع تشتمل على جانب من المبادىء العامة الى يتعين الرجوع إليها سواء فى مواد الأحوال الشخصية أو العينية إلى جانب إشتمالها على ضوابط الاختصاص بدعاوى الأحوال الشخصية بصفة خاصة .

فالعبرة ليست اذن بوضع النص وما اذا كان مدرجاً بالكتاب الرابع من عدمه ، وانما يجب الاعتداد أساساً بتحليل كل نص على حده لنرى ما اذا كان يتضمن قاعدة عامة صالحة للتطبيق سواء فى مواد الأحوال العينية أو فى مسائل الأحوال الشخصية ، أم أنه يتعلق — على العكس — ببعض الدعاوى

---

(١) راجع دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى (على الآلة الكاتبة) ملقاه على طلبة السنة الرابعة بليسانس الحقوق . جامعة الأسكندرية . العام الجامعى ١٩٦٧ — ١٩٦٨ رقم ١٧ .

المحددة التى تدخل فى فكرة الأحوال الشخصية وفقاً لمفهومها لدى الفقه التقليدى (١) .

وقد جاء قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨(٢) مؤكدا هذه الأفكار ، إذ حرص المشرع على إلغاء الفصل الخاص بقواعد الإختصاص العام فى مواد الأحوال الشخصية والملحق بالكتاب الرابع من القانون القديم (المواد من ٨٥٩ إلى ٨٦٧) ، وجاء الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون المرافعات الجديد شاملا لقواعـــــد « الإختصاص الدولى للمحاكم » دون تفرقة فى شأنها بين مواد الأحوال العينية ومواد الأحوال الشخصية (المواد من ٢٨ إلى ٣٥) .

---

(١) راجع دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى . السابق الاشارة اليها رقم ١٧ . ويؤكد هذا المعنى ما قرره جانب من الفقه المصرى الحديث بصراحة من أن مسائل الأحوال الشخصية التى عددتها المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الملغى لا تجمعها فكرة علمية موحدة . فاصطلاح الأحوال الشخصية هو من مخلفات الإمتيازات الأجنبية وليست له دلالة علمية واضحة . راجع مقال الدكتور سمير تناغو تحت عنوان « اصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء » منشور فى مجلة مصر المعاصرة . أكتوبر ١٩٦٧ ص ١٨٧ وما بعدها .

(٢) وقد صدر قانون المرافعات الجديد فى ٧ مايو ١٩٦٨ ، ونصت المادة الأولى من قانون اصداره على ان « يلغى قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ هدا الباب السابع من الكتاب الأول الخاص باجراءات الاثبات والفصل الثانى من الباب الثانى عشر من الكتاب الأول الخاص بالمعارضة والمواد من ٨٦٨ إلى ١٠٣٢ من الكتاب الرابع الخـــاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية كما يلغى الباب الأول من قانون حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، ويستعاض عن النصوص الملغاة بنصوص القانون المرافق ، كما يلغى كل نص آخر يخالف أحكامه » . وجدير بالذكر ان الباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والخاص باجراءات الاثبات والذى استبقته المادة الأولى من قانون اصدار قانون المرافعات الجديد على نحو ما رأينا قد ألغى بدوره بمقتضى المادة الأولى من قانون اصدار قانون الاثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

وتنص المادة الرابعة من قانون اصدار قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أن « ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره » .

ولم يفت المشرع فى القانون الجديد أن ينص على بعض الضوابط الخاصة بالمنازعات التى تقتضى طبيعتها إفراد قواعد مستقلة ، والتى تتعلق معظمها بمواد الأحوال الشخصية وفقاً لمفهومها التقليدى .

وفى خارج هذه الأحوال الخاصة ، تبقى النصوص الأخرى متضمنة المبادىء العامة فى الإختصاص الدولى للمحاكم المصرية دون تفرقة بين مواد الأحوال العينية أو الأحوال الشخصية .

وفى سبيل تأكيد هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد ان المشرع قد رأى ان يجمع قواعد الإختصاص الدولى للمحاكم المصرية فى صعيد واحد « فأفرد لها الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول ، مادامت هى نقطة البداية لمزاولة المحاكم وظيفتها فخالف بهذا المنحى مسلك قانون المرافعات الحالى ، الذى يوزعها بين المادة « ٣ » والمواد من ٨٥٩ إلى ٨٦٧ منه ، وهو توزيع لا يقوم على أساس فقهى وإنما يرجع الى أسباب تاريخية . . . . وقد راعى المشروع إطلاق قواعد الإختصاص القضائى الدولى لمحاكم الجمهورية لتعمل فى مواد الأحوال العينية وفى مواد الأحوال الشخصية على السواء ، إلا حيث تقتضى الملاءمة تخصيص بعض المنازعات بقواعد معينة » .

ونتولى فيما يلى دراسة قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية والتى تضمنها قانون المرافعات الجديد .

٢٢ — أولا : الاختصاص القائم على الجنسية المصرية للمدعى عليه

أكد المشرع المصرى فى المادة ٢٨ من قانون المرافعات الجديد إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى اذا كان المدعى عليه يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة .

ومع ذلك فقد وضع المشرع إستثناء على هذا المبدأ مؤداه ألا تختص

محاكم الجمهورية بالدعوى المتعلقة بعقار واقع فى الخارج ولو كان المدعى عليه مصرى الجنسية .

ونتولى فيما يلى بيان المبدأ العام فى اختصاص المحاكم المصرية القائم على الجنسية المصرية للمدعى عليه والاستثناء الذى قرره المشرع على هذا المبدأ .

(١) المبدأ العام : الجنسية المصرية للمدعى عليه

نود من البداية ان نستبعد فرض لا يثير أدنى شك فى القانون المصرى وهو أن المحاكم المصرية لا تختص بنظر النزاع لمجرد ان المدعى يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة . ذلك ان جنسية المدعى وحدها لا تكفى كضابط للإختصاص . وإذا كان صحيحاً ان المشرع الفرنسى قد أخذ بهذا الضابط فى المادة ١٤ من القانون المدنى ، إلا ان الفقه هناك قد وجه الى هذا النص نقداً مراً لأنه يعد خروجاً على المبادىء العامة فى الإختصاص القضائى الدولى . فالنص السابق لا يتضمن فى واقع الأمر سوى ضابط سياسى محض لا يجوز ان يقوم عليه وحده إختصاص المحاكم الوطنية (١) . ومهما كان من أمر الاتجاه الحديث فى الفقه الفرنسى الآن والذى عاد مرة أخرى إلى مباركة القاعدة التى تضمنتها المادة ١٤ على أساس أنها تكفل للفرنسيين قضاء عادل يلجأون إليه عند المطالبة بحقوقهم نظراً للوضع الدولى الراهن وإحتمال ان تكون الدولة التى تختص محاكمها بالنزاع من الدول التى لم يصل قضاؤها الى الحد الذى يوحى بالثقة (٢) ، فقد أغنانا المشرع المصرى عن

---

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٦٨٤ و Niboyet الجزء السادس رقم ١٧٤٧ .

(٢) راجع **Bauer, Competence judiciaire int. des tribinaux civils Francais et Allemands** الرسالة السابق الاشارة اليها رقم ٦٧ و Batiffol المطول رقم ٦٨٤ .

التصدى لمثل هذا الجدل إذلم ينص على جنسية المدعى كضابط عامللإختصاص المحاكم المصرية . ولا يمكن لنا القول بأن سكوته يتضمن معنى الأخذ بالمبدأ السالف . فقد رأينا خلال دراستنا السابقة ان القواعد العامة فى الإختصاص الدولى المأخوذ بها فى معظم دول العالم لم تتضمن جنسية المدعى كضابط للإختصاص . فالحكم الوارد بالمادة ١٤ من القانون المدنى الفرنسى هو حكم محل نظر ولا يجوز لنا من ثم الإهتداء به (١) .

أما بالنسبة للجنسية المصرية للمدعى عليه فقد أخذ بها قانون المرافعات الجديد كضابط لإختصاص محاكم الجمهورية العربية المتحدة فى المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبيا . اذ نصت المادة ٢٨ من هذا القانون على أنه «تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج » .

وقد كان الفقه مختلفا فى ظل قانون المرافعات القديم حول مدى جواز الأخذ بضابط الجنسية . إذ لم يكن هناك نصاً صريحاً فى هذا المعنى كما هو الشأن فى القانون الجديد . كل مافى الأمر هو ان المشروع التمهيدى للقانون القديم كان يتضمن نصاً منقولا عن المادة ١٣ من التقنين المدنى المختلط يقرر الأخذ بضابط الجنسية . فقد نصت المادة ٢١ من هذا المشروع على أن « أى مصرى تجوز مقاضاته أمام محاكم البلاد بسبب ما ترتب فى ذمته من إلتزامات حتى ما نشأ منها فى الخارج » . وقد حذف هذا النص عند صدور القانون مما أثار التساؤل فى ذلك الوقت عما اذا كان سكوت المشرع عن

(١) وهو ما انتهى اليه أيضاً الفقه المصرى الرائد . راجع الدكتور حامد زكى . القانون الدولى الخاص . الطبعة الأولى ١٩٣٦ ص ٣٨٧ وما بعدها .

النص على جنسية المدعى عليه كضابط للإختصاص يعنى رفض الأخذ بهذا المعيار ، أم أن المشرع لم يجد داعيا — على العكس — لتقرير حكم مسلم به وفقاً للقواعد العامة فى الإختصاص الدولى .

فذهب جانب من الفقه المصرى إلى القول بأن سكوت المشرع عن النص على ضابط الجنسية المصرية للمدعى عليه لا يعنى رفضه لهذا الضابط كمعيار لإختصاص القضاء الوطنى . ذلك أن « المصرى يخضع لولاية القضاء المصرى سواء كان مقيما فى مصر أو فى الخارج لأن هذه الولاية إقليمية بالنسبة للمصريين والأجانب المقيمين فى إقليم الدولة وهى شخصية بالنسبة للمصريين المقيمين فى الخارج » . (١)

وحاول هذا الرأى ان يوفق بين مصلحة المدعى عليه المصرى فى أن يقاضى أمام محاكم بلاده وبين ما قد يسبب له هذا الوضع من ضرر بسبب إضطراره للسعى إلى مصر رغم توطنه خارجها بالقول بأنه « وبالرغم من ذلك وبالنظر الى الوضع الغالب وهو توطن المصريين فى بلدهم يكون إختصاص المحاكم المصرية محققاً لمصلحة المدعى عليه ويكون هذا الإختصاص مبتنيا فى الغالب على ضابط آخر غير الجنسية هو ضابط الموطن » (٢) .

وقد جاء نص المادة ٢٨ من قانون المرافعات الجديد مؤيدا لهذا الإتجاه . فقد رأينا ان المادة المذكورة قد أخذت بالجنسية المصرية للمدعى عليه كضابط لإختصاص محاكم الجمهورية العربية المتحدة .

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية رقم ١٧٧ . وأنظر فى هذا الاتجاه الدكتور أحمد أبو الوفا وآخرين . مدونة الفقه والقضاء فى المرافعات . الجزء الأول . ص ٩٥ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله . السابق ص ٤٩٤ وأنظر كذلك الدكتور محمد كمال فهمى . رقم ٤٤٣ .

وعندنا ان المشرع قد جانبه الصواب حينما أقام إختصاص المحاكم المصرية على أساس ضابط الجنسية . فقد سبق لجانب من الفقه المصرى أن أعلن بحق معارضته للأخذ بهذا الضابط فى ظل قانون المرافعات القديم لكونه يتنافى مع مبدأ قوة النفاذ ، وهو الأساس الجوهرى لقواعد الإختصاص القضائى الدولى للمحاكم الوطنية . فمما لا شك فيه « ان ضابط الجنسية ضابط قليل الجدوى فى تحديد الإختصاص الدولى اذا لم توجد بجواره رابطة مادية تربط الشخص باقليم الدولة . فاذا لم يكن المدعى عليه مقيما فى الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته ولم تكن له أموال فى إقليم هذه الدولة فحينئذ يجدر عقد الإختصاص للمحكمة التى تملك سلطة فعلية عليه أى محكمة موطنه أو المحكمة الكائن بدائرتها أمواله وذلك حتى يكون للحكم قيمة حقيقية » (١) .

ولا يكفى فى تبرير الأخذ بضابط جنسية المدعى عليه ، وما قد يترتب على ذلك من الاضرار بمصلحة المصرى المتوطن فى الخارج لإضطراره للسعى الى محكمة قد تبتعد كثيرا عن موطنه ، أن يقال ان غالبية المصريين متوطنين فى مصر كما قرر أنصار الرأى الذى نخالفه (٢) . ذلك أن التساؤل ينصب أساساً على حالة المصريين المتوطنين فى الخارج . إذ أن اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المرفوعة على المصريين المقيمين فى مصر هو أمر مكفول دائما على أساس ضابط موطن المدعى عليه كما سنرى فيما بعد . فالتساؤل الحقيقى اذن هو عن مدى الضرر الذى سيصيب المصريين المتوطنين فى الخارج اذا ما أخذنا بمعيار جنسية المدعى عليه كضابط لإختصاص المحاكم المصرية .

(١) أستاذنا الدكتور فؤاد رياض . الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائى الدولى . ص ٤٧٩ . وراجع أيضاً دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى . ص ٤١ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . السابق ص ٤٩٤ .

ولعل الإعتبار الأساسى الذى ارتكن إليه الفقه الفرنسى تبريرا للحكم الوارد بالمادة ١٥ من القانون المدنى هناك والتى تأخذ بضابط جنسية المدعى عليه هو سوء المظنة بالمحاكم الأجنبية . وهو اعتبار اعترف الرأى الذى نناهضه بأنه « لا يصلح نقله الى القانون المصرى فى الوضع الحالى لبلاد العالم المتمدين التى تضمها العائلة الدولية » (١) .

ومهما كان من أمر موقف المشرع فى المادة ٢٨ من قانون المرافعات الجديد ، فان اختصاص القضاء المصرى القائم على الجنسية المصرية للمدعى عليه قد أصبح حقيقة وضعية ثابتة لا سبيل الى تجاهلها إزاء صراحة النص .

(٢) الاستثناء : الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن فى الخارج

وضع المشرع إستثناء هاما على اختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة الجنسية المصرية للمدعى عليه فنص على عدم اختصاص هذه المحاكم بالدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج حتى لو كان المدعى عليه مصرى الجنسية .

وقد راعى المشرع عند وضعه لهذا الإستثناء مبدأ قوة النفاذ . فقد سبق لكل من الفقه والقضاء أن أكد ان محاكم دولة موقع العقار تختص إختصاصاً مطلقاً بجميع الدعاوى المتعلقة به ، لما لهذه المحاكم دون غيرها من قدرة فعلية على تنفيذ الأحكام الصادرة فى شأن هذا العقار (٢) .

(١) راجع الدكتورعز الدين عبد الله ص ٤٩٤ . وأنظر فى تبرير الأخذ بضابط جنسية المدعى عليه فى القانون الفرنسى Batiffol رقم ٦٨٤ و Bauer فى رسالته السابق الاشارة اليها رقم ٦٧ .

(٢) راجع رسالة Bauer السابق الاشارة إليها رقم ٥٠ و Niboyet الجزء السادس رقم ١٨٣١ و Batiffol رقم ٦٨٨ و Bartin . مبادىء القانون الدولى الخاص . الجزء الأول ص ٣٦٦ و Lerebours, Pigeonniere et Loussouarn موجز القانون الدولى الخاص . الطبعة الثانية رقم ٤٠٨ . وراجع فى الفقه المصرى : الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ١٧٩ .

ولعل ذلك هو مادفع المشرع المصرى الى تأكيد هذا الإستثناء مرة أخرى حينما تعرض لمبدأ اختصاص المحاكم الوطنية القائم على توطن المدعى عليه فى مصر .

وسنتعرض تفصيليا لمضمون هذا الإستثناء ومدى إستجابته لمبدأ قوة النفاذ حينما نتصدى له مرة أخرى بمناسبة اختصاص المحاكم المصرية القائم على توطن المدعى عليه فى مصر أو إقامته بها على نحو ما سنرى فى الفقرة التالية .

٢٣ — ثانيا : الاختصاص القائم على توطن المدعى عليه فى مصر أو اقامته بها

نصت المادة ٢٩ من قانون المرافعات الجديد على أنه « تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج » .

وتقرر هذه المادة مبدأ اختصاص المحاكم المصرية القائم على توطن المدعى عليه فى مصر أو إقامته بها . وقد وضعت المادة استثناء هاماً على المبدأ السابق فأخرجت الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن فى الخارج من نطاق إعمال ضابط اختصاص موطن المدعى عليه .

ونتعرض فيما يلى لكل من المبدأ العام المقرر فى المادة ٢٩ سالفة الذكر ثم الاستثناء المقرر على هذا المبدأ .

(١) المبدأ العام : توطن المدعى عليه فى مصر أو اقامته بها

تقتضى دراسة هذا المبدأ ان نتعرض لكل من الموطن الحقيقى من ناحية والموطن المختار من ناحية أخرى .

ا — الموطن الحقيقى

أكد المشرع المصرى فى المادة ٢٩ من القانون الجديد المبدأ العام فى إختصاص المحاكم الوطنية القائم على توطن المدعى عليه فى مصر أو إقامته بها . وهو مبدأ إستقرت عليه كافة دول العالم كأساس للإختصاص الدولى لمحاكمها على نحو ما رأينا فى الفصل السابق من هذه الدراسة .

وقد إستخلص الفقه والقضاء هذا المبدأ فى ظل القانون القديم من مفهوم المخالفة لنص المادة (٣) ومن صريح نص المادة ٨٦١ فى شأن الأحـــوال الشخصية مع ملاحظة أن هذا النص الأخير لم يكن يجعل محل الإقامة بديلا لفكرة الموطن . وقد أرجع البعض استبعاد المشرع فى ظل القانون القديم لفكرة محل الإقامة (أو السكن) كضابط للإختصاص فى مواد الأحوال الشخصية بالذات وعدم تسويتها بضابط الموطن كما هو الشأن بالنسبةللأحوال العينية إلى كون قيام الإختصاص فى مواد الأحوال العينية على مجرد ظرف عارض كوجود سكن أو محل إقامة للمدعى عليه فى مصر هو أمر مفهوم ، أما بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية فان الأمر على النقيض من ذلك بالنظر لإرتباط هذه المسائل بصفات الشخص القانونية والتى تنطوى على شىء من الإستقرار والثبات يقتضى ان يكون إختصاص محاكم الدولة بها « بنـــاء على عنصر يبرز فيه عنصر الإستقرار كالموطن » (١) .

---

(١) الدكتور محمد كمال فهمى . أصول القانون الدولى الخاص ص ٥٠٥ .

ولنفس هذا الاعتبار نجد أن القضاء الفرنسى ورغم أنه يقيم إختصاصه فى مواد الأحوال العينية بالنسبة للأجانب على فكرة توطن المدعى عليه فى فرنسا أو إقامته بها . إلا أنه فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه خاص جرى على الحكم بعدم إختصاصه إذا ما تبين ان للمدعى عليه موطن فى الخارج وحتى لو كان له سكن فى فرنسا (١) .

وقد إنتقد جانب آخر من الفقه المصرى التفرقة التى أقامها المشرع فى قانون المرافعات القديم بين الإختصاص فى مواد الأحوال العينية والإختصاص فى مواد الأحوال الشخصية وعدم إعتداده فى الحالة الأخيرة — خلافا للأولى — بمحل الإقامة كضابط للإختصاص . ذلك أنه ليس هناك ثمة ما يدعو — فى نظر هذا الرأى — إلى حرمان المحاكم الوطنية من إختصاصها فى مواد الأحوال الشخصية اذا كان للمدعى عليه محل إقامة فى مصر ولو لم يكن له موطن بها . « ذلك لأنه فى الكثير من الدول يتخذ المشرع والفقه والقضاء من الإقامة ضابطا إحتياطيا ومكملا لضابط الموطن » (٢) .

وقد أيد المشرع فى القانون الجديد هذا النظر مقرراً التسوية بين الموطن ومحل الإقامة كضابط لإختصاص المحاكم المصرية دون أن يقيم أى تفرقة فى هذا الشأن بين دعاوى الأحوال العينية ودعاوى الأحوال الشخصية(٣) .

وتتطابق قاعدة إختصاص محكمة موطن المدعى عليه الواردة بالمادة ٢٩ من قانون المرافعات الجديد مع المبدأ العام المقرر فى مجال الإختصاص المحلى والمنصوص عليه بالمادة ٤٩ من هذا القانون والمادة ١/٥٥ من القانون

---

(١) راجع Niboyet المطول ج ٦ ص ٤٢٥ وراجع Françescakis فى تقريره المنشور فى Le Droit int. Privé de la Famille باريس ١٩٥٤ ص ٤٣٥ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٤٧ .

(٣) راجع فى تأييد هذا الحل الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ١٨٠ .

القديم . ورغم أن القانون الفرنسى لا يتضمن مادة مقابلة للمادة ٢٩ ، إلا أن الفقه والقضاء هناك قد استقرا على الأخذ بضابط الموطن فى المنازعات الدولية إعمالا للمادة ٥٩ من قانون المرافعات الفرنسى رغم ان هذه المادة تتعلق بالإختصاص المحلى (١) .

ويرجع فى تحديد كل من فكرة الموطن ومحل الإقامة الى القانون المصرى ، لأن الأمر يتعلق هنا بتفسير قاعدة الإختصاص المصرية . ويعد الشخص متوطنا فى مصر اذا كان يقيم فيها عادة (المادة ٤٠ من القانون المدنى). ويستلزم الفقه لذلك ان يتوافر عنصرين : عنصر مادى هو الإقامة فى مصر على وجه الإستمرار ، وعنصر معنوى وهو اتجاه نية الشخص إلى اتخاذها مقراً دائما له . مع ملاحظة ان التصوير المصرى للموطن وفقاً للمادة ٤٠ مدنى يجعل إكتسابه جائزاً بمجرد تحقق شرط استقرار الإقامة وهو ما يستتبع افتراض النية (٢) . أما المقصود بمحل الإقامة (أو السكن) فهو محل الإقامة المادية مجردة من عنصر النية (٣) .

وإذا كان الموطن العام للمدعى عليه يعتبر بذلك ضابطا لإختصاص المحاكم المصرية فان الموطن الخاص يصلح بدوره كمعيار لإختصاصها . وبناء على ذلك فاذا باشر المدعى عليه الأجنبى تجارة أو حرفة فى مصر ، فان المحاكم

---

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٦٩٦ وما بعده و Niboyet الجزء السادس ص٤١٧ وما بعدها . وأنظر مع ذلك حكم محكمة باريس الصادر فى ٢٣ مايو ١٩٤٢ مشار إليه فى مقال Françescakis السابق الاشارة اليه ص ٤٣٤ هامش (٣) . وقد جاء فى حيثيات الحكم أن المادة ٥٩ من قانون المرافعات الفرنسى تتعلق بالاختصاص الداخلى للمحاكم الفرنسية ولا شأن لها بالاختصاص الدولى لهذه المحاكم .

(٢) راجع فى تحديد كل من فكرتى الموطن والسكن (محل الإقامة) : الدكتور محمد كمال فهمى رقم ٣٧٤ وما بعده وبصفة خاصة رقم ١٨١ .

(٣) الدكتور محمد كمال فهمى . المرجع السابق رقم ٤٣٩ .

المصرية تختص بالدعاوى المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة ولو كان الموطن العام للتاجر فى الخارج (المادة ٤١ من القانون المدنى) . كذلك فلو كان صحيحاً ان موطن القاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا وفقا للمادة ٤٢ /مدنى ، فان المحاكم المصرية تختص بالدعوى مع ذلك رغم عدم توطن النائب فى مصر فيما لو كان القاصر متوطنا فيها وكان النزاع يتعلق بالأعمال القانونية التى أذن له بمباشرتها . ذلك ان مصر تعد فى هذه الحالة موطناً خاصاً للقاصر وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٤٢ من القانون المدنى (١) .

واذا كانت المحاكم المصرية تختص بالدعوى اذا كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر على الوجه الذى بيناه ، فان مجرد الوجود العارض للمدعى عليه فى مصر لا يصلح سببا لعقد الإختصاص للقضاء المصرى (٢) . فالوجود العارض لا يكفى لربط النزاع بالإقليم،ويتعارض بذلك مع مبدأ قوة النفاذ الذى يعد الأساس الجوهرى لقاعدة إختصاص محكمة موطن المدعى عليه فى المجال الدولى .

وكما يمكن ان يكون المدعى عليه شخصاً طبيعيا فانه يتصور كذلك ان يكون شخصاً معنويا . وفى هذه الحالة الأخيرة فان الرجوع إلى الفقرة (د)

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله ص ٥٠٢ . وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد « ومن المفهوم أن قاعدة انعقاد الاختصاص على أساس موطن المدعى عليه يشمل الموطن العام والمواطن الخاصة مثل موطن الأعمال أو الموطن التجارى وموطن المأذون بالإدارة . ويرجع فى تحديد مختلف هذه المواطن الى القانون الوطنى » .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله ص ٤٩٨ والطبعة السادسة ص ٦٧٨ . وانظر عكس هذا الرأى الدكتور أحمد أبو الوفا — راجع رأيه معروضاً ومنتقدا فى عز الدين عبد الله ص ٦٧٨ هامش (١) .

من المادة ٥٣ من القانون المدنى يقتضى القول بأن الشخص المعنوى يعتبر متوطنا فى مصر إذا كان مركز ادارته الرئيسى فيها . كما يعتبر كذلك أيضاً إذا كان يزاول جزء من نشاطه فى مصر عن طريق فرع له فيها حتى لو كان مركز ادارته الرئيسى فى الخارج . وفى هذه الحالة يقتصر اختصاص المحاكم المصرية على المنازعات المتعلقة بنشاط الفرع الموجود فى مصر (١) .

ب — الموطن المختار

لم يكتف المشرع المصرى بالنص علىاختصاص المحاكم المصرية فىالأحوال التى يكون للمدعى عليه فيها موطن حقيقى فى مصر ، بل أشار أيضاًباختصاصها اذا كان له فيها موطن مختار (المادة ١/٣٠ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة للمادة ١/٣ من القانون القديم) .

ورغم انه لا يوجد فى فرنسا نص مقابل فى مجال الاختصاص الدولى للمحاكم الفرنسية . إلا أن جانبا من الفقه هناك يرى إمكان الاعتداد بالموطن

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ص ٥٠٢ ، ٥٠٣ والطبعة السادسة ص ٦٨٠ وراجع استئناف مختلط ١٦ فبراير ١٩٢٨ . مجلة التشريع والقضاء المختلط ١٩٤٠ص٨٥ . وقد استخلص جانب من الفقه المصرى هذا الحل أيضاً فى ظل القانون القديم من المادة (٣) من قانون المرافعات والمقابلة للمادة ٢٩ من القانون الجديد « حيث يعد مجرد وجود سكن للمدعى عليه (محل إقامة) فى مصر مبرراً كافيا لثبوت الإختصاص للمحاكم المصرية» . راجع الدكتور محمد كمال فهمى ص ٤٩٢ . ويعيب هذا الاتجاه أنه يؤدى الى اختصاص المحاكم المصرية بجميع الدعاوى المتعلقة بالشخص المعنوى ما دام أن له فرع فى مصر (محل إقامة) ، فى حين ان اختصاص المحاكم المصرية قاصر فى هذه الحالة على المنازعات المتعلقة بنشاط الفرع الموجود فى مصر . ولهذا فضلنا الاستناد على المادة ٥٣/د من القانون المدنى على أساس ان اختصاص المحاكم المصريـة بالمنازعات المتعلقة بهذا الفرع دون غيرها مرجعه ان مصر تعد موطناً خاصاً للشخصالمعنوى فى هذا الفرض .

المختار فى حد ذاته كضابط للإختصاص الدولى للمحاكم الفرنسية (١) . ويقوم هذا الحل على أساس أن إختيار الخصوم لموطن مختار فى دولة معينة يفيد رغبتهم الضمنية فى الخضوع لولاية محاكم هذه الدولة . وقد تبنت بعض الأحكام فى فرنسا فعلا هذا الإتجاه (٢) .

ويرفض جانب من الفقه الفرنسى الحديث على العكس اعتبار الموطن المختار فى حد ذاته ضابطا للإختصاص الدولى للقضاء الفرنسى . ويشترط لإعتباره كذلك ان يكون هناك ما يستدل منه فعلا على رغبة الخصوم فى الخضوع لولاية محاكم الدولة التى اتخذوا فيها موطنهم المختار (٣) .

وقد أخذ القضاء الفرنسى الحديث فى بعض أحكامه بهذا النظر مقرراً أنه لا يكفى ان يكون للخصوم موطن مختار فى فرنسا حتى ينعقد الإختصاص للقضاء الفرنسى مادام انهم لم يظهروا نيتهم فى الخضوع لولاية هذا القضاء ، وإنما كان نصهم على إختيار فرنسا كموطن مختار بمناسبة تحديد التزاماتهم بالوفاء (٤) .

ولا شك عندنا فى سلامة ارجاع ضابط الموطن المختار إلى فكرة الخضوع الإختيارى . فاذا كان للمدعى عليه موطن مختار فى مصر فان

---

(١) راجع Bartin مبادىء القانون الدولى الخاص . الجزء الأول ص ٣٨٦ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ أغسطس ١٨٦٩ مشار إليه فى رسالة Tallon السابق الاشارة إليها ص ١٦٢ هامش (٥) .

(٣) راجع رسالة Tallon رقم ٢٥٢ وما بعده .

(٤) نقض فرنسى ٢٣ يناير ١٩٣٣ Rev. crit ١٩٣٤ ص ٩٣٥ مع تعليق Niboyet وأنظر كذلك نقض فرنسى ١٣ نوفمبر ١٩٥٧ Rev. crit ١٩٥٨ ص ٧٣٥ مع تعليق أستاذنا Loussouarn .

إختصاص المحاكم المصرية يقوم فى هذه الحالة على أساس رضاء الخصوم بالخضوع لولاية القضاء الوطنى (١) . فواقعة رفع المدعى لدعواه أمام المحاكم المصرية تفيد رضاءه بالخضوع لإختصاص محاكمها . كما أن إختيار المدعى عليه لمصر كموطن مختار يصلح كمبدأ عام لإستخلاص قبولـــه لإختصاص القضاء المصرى .

ولكن هل يعد مجرد تحديد المدعى عليه لمصر كموطن مختار دلالة على هذا القبول أخذا بظاهر نص الفقرة الأولى من المادة ٣٠ من قانون المرافعات الجديد ؟ هذا ما لا نراه ، إذ طالما سلمنا بأن أساس الإختصاص فى هذه الحالة هو فكرة الخضوع الإختيارى فيجب ان يكون هناك ما يستدل منه صراحة أو ضمناعلى رضاء المدعى عليه بالخضوع لإختصاص المحاكم المصرية. ولا مانع لدينا كأصل عام من إعتبار تحديد المدعى عايه لمصر موطنا مختاراً له دلالة على رضائه بالخضوع لولاية محاكمها أخذا بنص الفقرة الأولى من المادة ٣٠ مرافعات . وإنما يبقى للقاضى مع ذلك أن يستخلص عكس هذا النظر من ظروف وقرائن الحال . فاذا كان المدعى عليه قد حدد مصر موطناً مختاراً له لمجرد رغبته فى أن يكون إعلانه بأى إخطار يتعلق بالتزاماته مع الغير فى مصر أو لمجرد إختياره لها مكانا لسداد المبالغ المستحقة له ، فلا يجوز للقاضى ان يستخلص من ذلك رضاء المدعى عليه بالخضوع إختياريا

---

(١) راجع فى هذا المعنى: الدكتور فؤاد رياض . المرجع السابق ص ٤٧٨ . ويبدو ان الدكتور عز الدين عبد الله لا يرى الأخذ بهذا النظر . لذا نراه يقرر فى ظل قانون المرافعات القديم « ان المادة ٣ من قانون المرافعات الحالى (القديم) لم تذكر امكان عقد الاختصاص للمحاكم المصرية على أساس الخضوع لولاية القضاء الدولى » ؛ رغم ان المادة المذكورة قد نصت فى فقرتها الأولى — والمقابلة للمادة ٣٠/١ من القانون الجديد — على اختصاص المحاكم المصرية إذا كان للمدعى عليه فى مصر موطن مختار . راجع مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢٣ .

للمحاكم المصرية فيما قد ينشأ من منازعات بينه وبين الغير .

ويترتب على تأصيل فكرة الموطن المختار على النحو السالف وإرجاعها بالتالى إلى مبدأ الخضوع الإختيارى نتيجة هامة . إذ يكون للقاضى ان يقضى بعدم إختصاصه رغم تحديد المدعى عليه لمصر كموطن مختار اذا كان النزاع لا يرتبط بالإقليم بأى وجه من الوجوه على نحو ما رأينا .

ولا شك ان هذه النتيجة تتفق تماما مع الموجهات العـــامة التى تحكم الإختصاص الدولى . فلا يعقل ان يقصد المشرع عقد الإختصاص للمحاكم المصرية فى جميع الأحوال لمجرد إختيار المدعى عليه لمصر موطناً له كمـا يستفاد لأول وهلة من ظاهر نص الفقرة الأولى من المادة ٣٠ من قانون المرافعات . وإنما يتعين ان يكون هناك ثمة إرتباط بين النزاع وبين الإقليم على وجه من الوجوه حتى يكون للحكم الصادر فى شأنه قيمة فعلية وفقاً لمبدأ قوة النفاذ ، وحتى لا يترك الأمر فى النهاية لأهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة على نحو ما بينا من قبل .

ونشير فى النهاية إلى أنه لو اتفق المتعاقدون فى عقد ما على اختيار مصر كموطن مختار لتنفيذه وتبينت رغبتهم فى الخضوع لاختصاص المحاكم المصرية فى شأن ما قد ينشأ من منازعات تتعلق بالعقد المبرم بينهم ، فان إختصاص هذه المحاكم يتقيد بما اتخذ هذا الموطن فى شأنه من علاقات . « فلا يسرى شرط الموطن المختار إلا بين أطراف العقد الذى اتخذ بصدده ذلك الموطن . فلا تأثير لهذا الشرط فى مواد أخرى ولو كان النزاع فى هذه المواد بين نفس أطراف العقد . كما أنه لا تأثير لهذا الشرط بالنسبة إلى الغير ولو كانت منازعة الغير تتعلق بموضوع العقد الذى أتخذ بصدده موطن مختار لتنفيذه »(١). كل ذلك مالم يتبين للمحكمة من ملابسات الدعوى أن المتعاقدين قد إرتضوا بعد ذلك الخضوع لولايتها اختياريا رغم عدم تعلق النزاع بالعقد ، أو تبين من ظروف الحال أن الخصوم — ورغم أنهم من الغير — قد خضعوا بارادتهم للقضاء المصرى فى شأن النزاع المتعلق بموضوع العقد .

---

(١) راجع الدكتور أحمد أبو الوفا . مدونة الفقه والقضاء . ص١٠٣ و ١٠٤ . وهو يرى أن ورثة ودائنو أطراف العقد لهم أن يستفيدوا من شرط الموطن المختار ، بل ويلتزمون به .

ونخلص بذلك الى ان المحاكم المصرية تختص — كمبدأ عام — بنظر النزاع فى الأحوال التى يكون فيها للمدعى عليه موطن فى مصر سواء كان هــذا الموطن حقيقيا (عاماً كان أو خاصاً) أو إختياريا . مع ملاحظة أنه يجب التأكد فى الحالة الأخيرة من كون المدعى عليه قد قصد فعلا الخضوع الإختيارى للمحاكم المصرية . كما يتعين أيضاً ألا يكون النزاع فى هذه الحالة على غير صلة بالإقليم .

يبقى لنا بيان بيان الاستثناء الذى قرره المشرع على مبدأ اختصاص المحاكم المصرية القائم على توطن المدعى عليه فى مصر .

(٢) الاستثناء : الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن فى الخارج

بعد ان وضعت المادة ٢٩ من قانون المرافعات الجديد القاعدة العــامة فى إختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة توطن المدعى عليه فى مصر أو إقامته بها عادت فقررت إستثناء خاصاً بالدعاوى المتعلقة بعقار كائن فى الخارج . فالدعوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج تخرج عن إختصاص المحاكم المصرية ولو كان المدعى عليه متوطنا فى مصر أو مقيما فيهــا .

ويقوم هذا الاستثناء على مبدأ قوة النفاذ الذى مضت الاشارة اليه . ذلك ان تصدى القضاء المصرى للحكم فى نزاع يتعلق بعقار كائن فى دولة أخرى لن يجعل لهذا الحكم أى قيمة فعلية ، لأن دولة الموقع لن تعترف بآثار الحكم فى هذه الحالة . إذ سنرى فيما بعد ان غالبية الدول ترفض تنفيذ الأحــكام الأجنبية الصادرة فى شأن المنازعات المتعلقة بعقارات موجودة فى إقليمها .

ولم يكن قانون المرافعات الملغى يتضمن نصاً مقرراً لهذا الاستثناء . ولهذا ذهب جانب من الفقه المصرى الى القول بأن تعلق النزاع بعقار موجود فى الخارج لا ينفى على المحاكم المصرية اختصاصها بالدعوى ما دام أن المدعى عليه متوطن فى مصر . ذلك أن « كل دولة تحدد اختصاص محاكمها لحسابها الخاص . أما عن مصير الحكم عندما يطلب تنفيذه فى البلد الأجنبى فهذا أمر يقدره المدعى وفقاً لما يراه قبل رفع الدعوى » (١) .

وعلى العكس فقد أكد جانب آخر من الفقه فى ظل قانون المرافعات القديم أن توطن المدعى عليه فى مصر لا يؤدى الى اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى ما دام أن النزاع يتعلق بعقار واقع فى الخارج (٢) . وأساس هذا النظر ان محكمة دولة موقع العقار هى أقدر المحاكم على كفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه (٣) .

ومن جهة أخرى فان الحكم الصادر عن المحاكم المصرية فى هذه الحالة لن يلقى التنفيذ فى الخارج لأن دولة موقع العقار سوف تمتنع غالبا عن تنفيذ الحكم المصرى فى إقليمها لمساس الأمر بالنظام العام فيها . وما من شك فى أنه من غير المقبول أن يتصدى القضاء المصرى لدعوى يعلم مسبقاً أن حكمه فى شأنها سيكون معدوم القيمة الفعلية (٤) .

---

(١) راجع الدكتور محمد كمال فهمى . المرجع السابق . ص ٤٩٩ هامش (١) .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية رقم ١٧٨ و دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى السابق الاشارة اليها ص٤٦ وما بعدها .

(٣) Lerebours - Pigeonniere et Loussouarn الموجز رقم ٤٠٨ و Bartin الجزء الأول ص ٣٣٦ و Batiffol المطول رقم ٦٨٨ .

(٤) راجع دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى والسابق الاشارة إليها ص ٤٧

وقد جاء قانون المرافعات الجديد مؤيدا لهذا النظر . فقد رأينا ان المادة ٢٩ قد حرصت على النص على عدم اختصاص القضاء المصرى بالدعوى رغم توطن المدعى عليه فى مصر . وذلك فيما لو تعلق النزاع بعقار كائن فى الخارج .

ولعل نفس هذه الإعتبارات هى التى دفعت كل من الفقه والقضاء فى فرنسا إلى تأكيد الإستثناء السابق على الأقل بالنسبة للدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقار كائن فى الخارج ، على أساس ان محكمة موقع العقار تختص إختصاصاً مطلقا بالدعاوى العينية المتعلقة به فى هذا الفرض (١) . وإذا كان صحيحاً أن اخصاص محكمة موقع العقار بالدعاوى العينية العقارية لا يعد إختصاصاً مطلقاً وفقاً للمبادىء العامة فى الإختصاص الداخلى (المحــلى) بل يجوز للخصوم الاتفاق على رفع الدعوى أمام محكمة أخرى (٢)، فان مرد

---

(١) راجع Bauer فى رسالته رقم ٥٠ و Niboyet السابق رقم ١٨٣١ . وقد حكم القضاء الفرنسى بعدم إختصاصه بالدعاوى العينية المتعلقة بعقار كائن فى الخارج حتى لو كان النزاع بين فرنسيين مما كان يقتضى إختصاصه وفقاً للمواد ١٤ ، ١٥ من القانون المدنى . راجع نقض ٦ يناير ١٨٤١ Sirey ١٨٤١ ج ١ ص ٢٤ و ١٩ ابريل ١٨٥٩ Sirey ١٨٥٩ ج ١ ص٤١١ مشار إليها فى رسالة Tallon ص ٢١٥ هامش (١) . وغنى عن البيان أن الدعوى العينية العقارية هى التى يرفعها صاحب حق عينى على عقار بغرض تأكيد حقه العينىعلى العقار أو نفى وجود حق عينى للغير على العقار . راجع الدكتور عبد المنعم الشرقاوى. المرجع السابق . ص ٥٧ .

(٢) ويلاحظ مع ذلك أن المادة ٢/٦٢ من قانون المرافعات الجديد قد منعت الاتفاق مقدما على ما يخالف الاختصاص المحلى فى غير الحالة المنصوص عليها فى المادة ٤٩ (حالة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته) . ومؤدى ذلك انه لا يجوز الاتفاق مقدماً على اختصاص محكمة أخرى محليا غير محكمة موقع العقار ، على أساس ان المشرع قد حرص فى المادة ٥٠ من قانون المرافعات الجديد على النص على اختصاص محكمة موقع العقار بالدعاوى العينية ودعاوى الحيازة المتعلقة به . فعدم نص المشرع على جواز رفع الدعوى فى هذه الحالة أمام محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته يجعل من غير الجائز الاتفاق مقدماً على ما يخالف اختصاص محكمة الموقع .—

ذلك هو وجود العقار فى هذه الحالة الأخيرة فى إقليم نفس الدولة ، وهو الأمر الذى يجعل آثار الحكم الصادر من أى من محكمة موطن المدعى عليه أو المحكمة المتفق عليها مكفولة دائما . أما فى نطاق الاختصاص الدولى فان اختصاص محكمة موطن المدعى عليه بالدعوى العينية المتعلقة بعقار كائن فى بلد أجنبى يجعل من العسير تنفيذ الحكم الصادر منها للأسباب التى أوضحناها ومن هنا تبدو لنا مرة أخرى الطبيعة الخاصة لقواعد الاختصاص الدولى .

واذا كان الفقه الراجح قد أكد عدم إختصاص محكمة موطن المدعى عليه بالدعوى العينية العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج على نحو ما رأينا ، فان الخلاف قد يثور بالنسبة للدعاوى الشخصية العقارية ، أى الدعاوى التى تستند الى حق شخصى ويكون الغرض منها الحصول على عقار (١) . ومثالها دعوى بائع العقار بعقد مسجل على المشترى والتى يطالب فيها بفسخ العقد . فهى دعوى شخصية لأن رافعها لا يملك — بعد ان انتقلت ملكية العقار الى المشترى بالتسجيل — سوى حق شخصى . وهى عقارية لأن البائع يهدف من وراء فسخ العقد الى إعادة ملكيته على العقار .

= ومع ذلك فان للخصوم ان يتفقوا أثناء نظر الدعوى أمام محكمة الموقع على اختصاص محكمة أخرى بالدعوى (راجع الدكتور أحمد أبو الوفا . التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات . المرجع السابق ص ٢١٣ وما بعدها) . وبذلك يمكن القول فى النهاية أن اختصاص محكمة الموقع محليا بالدعاوى العينية العقارية لا يعد اختصاصاً مطلقاً ، لأن للخصوم بعد رفع الدعوى ان يتفقوا على اختصاص محكمة أخرى بالنزاع . وعلى العكس فان القانون الألمانى قد جعل اختصاص محكمة موقع العقار محليا بالدعاوى العينية العقارية اختصاصاً مطلقاً . راجع رسالة Bauer السابق الاشارة إليها ص ٥٨ .

(١) راجع الدكتور رمزى سيف . دروس فى نظرية الدعوى . المرجع السابق ص١٠ والدكتور عبد المنعم الشرقاوى . شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . السابق ص ٥٧ .

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى الى القول بأن المحاكم الفرنسية تختص بهذه الدعوى مادام أن المدعى عليه متوطنا فى فرنسا وحتى لو كان العقار كائنا فى الخارج قياساً على الحل المماثل فى مجال الإختصاص المحلى (١) .

ولعل الصحيح هو ماذهب اليه البعض الآخر من وجوب التسوية بين الدعوى الشخصية والدعوى العينية العقارية . فالدعوى الشخصية العقارية وان إستندت الى حق شخصى إلا أنها تهدف على أى حال الى الحصول على حق عينى على عقار مما يحسن معه معاملتها معاملة الدعوى العينيـــــة العقارية (٢) . ذلك ان مبدأ قوة النفاذ يقتضى فى هذه الحالة أيضاً عقــد الاختصاص لمحكمة موقع العقار دون غيرها . وفى القول بغير ذلك تفويت للإعتبارات التى استثنيت من أجلها الدعاوى العينية العقارية من اختصاص محاكم دولة موطن المدعى عليه (٣) .

ويبدو أن المشرع المصرى قد أيد هذا الرأى الأخير فى المادة ٢٩ من القانون الجديد لأنه قد استثنى من إختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة الموطن أو محل الاقامة « الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج » ، دون أن يقيم التفرقة فى هذا الشأن بين الدعاوى العينية العقارية والدعاوى الشخصية العقارية .

---

(١) راجع Niboyet ج ٦ رقم ١٨٣٠ . وهو يرى ان للمدعى عند رفع دعواه فى هذه الحالة الخيار بين محكمة موقع العقار أو محكمة موطن المدعى عليه كما هو الشأن بالنسبة للاختصاص المحلى (المادة ٥٩/٦ مرافعات فرنسى والمادة ٥٠/٢ من قانون المرافعات المصرى الجديد والمقابلة للمادة ٥٦/٢ من القانون القديم) . وهذا الرأى محل نظر لأنه يتجاهل الاعتبارات الخاصـــة بالحياة الدولية . فقد رأينا ان الأخذ بقواعد الاختصاص المحلى وتطبيقها على علاتها فى المجال الدولى تجاهل لهذه الإعتبارات وهو مالايمكن لنا التسليم به .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . ص ٤٩٦ .

(٣) راجع دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى . ص ٤٩ .

وقد ذهب جانب من الفقه المصرى فى ظل القانون القديم الى وجوب إستثناء الدعاوى العينية المنقولة المتعلقة بمنقول كائن فى الخارج من اختصاص المحاكم المصرية ولو كان المدعى عليه متوطنا فى مصر أو له محل إقامة فيها ، وذلك قياسا على الدعاوى العينية العقارية (١) .

وقد سبق لنا ان أكدنا — خلافا للاتجاه السابق — اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى العينية المتعلقة بمنقول كائن فى الخارج مادام أن المدعى عليه متوطنا فى مصر أو له سكن بها . فنحن نرفض التسوية بين الدعاوى العقارية والدعاوى المنقولة فى هذا الشأن ، لأنه لو كان صحيحا ان محكمة دولة موقع المنقول قد تكون أكثر قدرة من غيرها على كفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه . إلا أن مراعاة هذا الاعتبار لا تقتضى سوى عقداختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى العينية المنصبة على منقول كائن فى مصر حتى ولو لم يكن المدعى عليه متوطنا فيها خلافا للقواعد العامة فى الإختصاص المحلى التى تعقد الإختصاص فى الدعاوى المنقولة لمحكمة موطن المدعى عليه فى جميع الأحوال (٢) . وهذا ما قرره المشرع فعلا بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٣ من قانون المرافعات القديم والفقرة الثانية من المادة ٣٠ من القانون الجديد والتى تنص على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بمنقول كائن فى مصر على نحو ما سنرى فيما بعد . أما اذا كانت مصر هى موطن المدعى عليه أو محل إقامته فلم يعد هناك داعياً لسلب إختصاص المحاكم المصرية لمجرد وجود المنقول فى الخارج كما هو مؤدى الرأى السابق . ذلك ان المنقول بحكم طبيعته — وخلافا للعقار — غير مرتبط بمكان معين ، ومن ثم فليس هناك ما يبرر اختصاص محكمة الموقع دون غيرها بالنزاع

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله رقم ١٧٧ و ١٧٨ .

(٢) راجع المادة ٤٩ من القانون الجديد . وأنظر الدكتور جميل الشرقاوى . المرجع السابق ص ١٠٦ .

المتعلق به (١) . ومن جهة أخرى فانه لا يخشى كأصل عام ان تمتنع دولة موقع المنقول عن تنفيذ الحكم المصرى الصادر بناء على توطن المدعى عليه فى مصر لعدم تعلق الأمر بالنظام العام فيها كما هو الشأن بالنسبة للعقارات .
وقد كانت هذه الاعتبارات على ما يبدو هى التى أملت على الفقهالفرنسى الغالب إعتناق الحل المماثل فى فرنسا (٢) .

ويبدو أن المشرع المصرى قد أكد فى المادة ٢٩ من القانون الجديد هذا النظر فأغفل النص على استثناء الدعاوى العينية المتعلقة بمنقول موجود فى الخارج من إختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة الموطن أو محل الإقامة .

وغنى عن البيان ان المحاكم المصرية تختص بالدعوى الشخصية المنقولة من باب أولى مادام أن المدعى عليه متوطن فى مصر أو مقيم بها إعمالا لنص المادة ٢٩ من القانون الجديد (٣) .

يبقى الفرض الذى تكون فيه الدعوى شخصية منقولة وان تعلقت بعقار كدعوى المقاول ضد مالك العقار التى يطالبه فيها بنفقات إصلاحه أو ترميمه . وفى هذه الحالة فلا شبهة فى إختصاص المحاكم المصرية اذا كان

---

(١) راجع Bartin مبادىء القانون الدولى الخاص . ج ١ ص ٣٣٧ و Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٨١٥ .

(٢) راجع Batiffol المطول رقم ٦٨٨ و Bartin السابق .

(٣) وتختص المحاكم المصرية بالدعوى الشخصية المنقولة لمجرد توطن المدعى عليه فى مصر ، وسواء أكانت مصر أو لم تكن محل نشأه الالتزام أو تنفيذه . ذلك لأنه لو كانت مصر هى محل الالتزام لاختصت المحاكم المصرية بناء على ضابط الاختصاص المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات (المقابلة للمادة ٣/٢ من القانون القديم) دون حاجة للاستناد الى فكرة موطن المدعى عليه كما سنرى فيما بعد . راجع الدكتور عز الدين عبد الله . رقم ١٧٨ ودروسنا فى تنازع الاختصاص السابق الاشارة اليها ص ٤٦ .

للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر ولو كان العقار كائنا فى دولة أجنبية ، وهو نفس الحل المأخوذ به فى فرنسا (١) .

ونخلص بذلك الى ان المحاكم المصرية تختص بالدعاوى المنقولة شخصية كانت أم عينية مادام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر . أما الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج — وسواء كانت عينية أو شخصية — فهى تخرج عن اختصاص المحاكم المصرية رغم توطن المدعى عليه فى مصر أو إقامته بها .

ونشير فى النهاية إلى انه اذا كان المشرع المصرى قد إستجاب بحق إلى مقتضيات مبدأ قوة النفاذ فجعل من ضابط موقع العقار قيدا يحد من إختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة الموطن أو محل الإقامة (المادة ٢٩) . أو من إختصاصها المبنى على فكرة الجنسية المصرية للمدعى عليه (المادة ٢٨) ، فليس فى ذلك — فى تقديرنا — سوى إعمال لمبدأ عام واجب التطبيق فى جميع الأحوال . وبمعنى آخر فانه يمكن القول بأن ضابط موقع العقار لا يصلح قيدا على إختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة الجنسية أو الموطن فقط . وإنما هو يصلح أيضاً كقيد يحد من ولاية هذه المحاكم فى غير هذه الأحوال كما سنرى خلال دراستنا فى الفقرات التالية .

٢٤ — ثالثا : الاختصاص القائم على وجود المال فى مصر

نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المتعلقة بمال موجود فى الجمهورية ولو لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر . وكان المشرع ينص على هذا المبدأ فى الفقرة الثانية من المادة ٣ من قانون المرافعات القديم .

---

(١) راجع Niboyet المرجع السابق ص ٤٤٤ .

وإختصاص محكمة موقع المال يعد من مبادىء الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية فى غالبية دول العالم على نحو ما رأينا فى الفصل السابق من هذه الدراسة . وقد مضت الإشارة إلى أن القاعدة السابقة مأخوذ بها فى مجـال الإختصاص الداخلى (المحلى) ، وإن كان إعمالها فى هذا المجال الأخير يقتصر عادة على المنازعات المتعلقة بالعقارات . إذ تختص بالدعاوى المنقولة محكمة موطن المدعى عليه (١) .

أما فى مجال الإختصاص الدولى فان قيام القاعدة المتقدمة على أساس مبدأ قوة النفاذ يدعو إلى القول باختصاص القضاء المصرى بالدعوى المتعلقة بمال موجود فى مصر دون تفرقة فى هذا الشأن بين العقارات أو المنقولات . فقد سبق لنا الاشارة إلى ان محاكم دولة موقع المال هى أقدر المحاكم على كفالة آثار الحكم الصادر عنها فى شأن المنازعات المتعلقة به .

ويلاحظ أن نص الفقرة الثانية من المادة ٣٠ قد جاء مطلقاً فلم يفرق بين الدعاوى الشخصية أو العينية ، بل أخضعها جميعها لإختصاص المحاكم المصرية ما دام أن المال محل النزاع موجود فى مصر .

ومن جهة أخرى فان الإختصاص القائم على وجود المال فى مصر لايتقيد بنوع الدعوى وكونها تتعلق بالمعاملات المالية أو بمسائل الأحوال الشخصية(٢).

ومع ذلك فقد سبق للمحاكم المختلطة ان قضت بوجوب أن يكون العقار أو المنقول الموجود فى مصر محلا للإلتزام . « فلا يكفى ان يكون الالتزام

---

(١) راجع ما قبله رقم ١٥ وأنظر المادتين ٤٩، ٥٠ من قانون المرافعات . وراجع فى فرنسا Cuche et Vincent رقم ٢٣٣ ، ٢٣٦ .

(٢) وعلى ذلك فان المحاكم المصرية تختص بالدعوى المتعلقة بالمنازعة فى الوصية بمال موجود فى الجمهورية أو بالدعوى المتعلقة بمشارطة زواج تتناول مالا واقعاً فى مصر . راجع فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ١٨٦ .

قد تم لمصلحة المنقول أو العقار . وعلى ذلك فلا تختص المحاكم المصرية بدعوى المطالبة بثمن فحم اشترى فى الخارج لتشغيل باخرة موجودة وقت رفع الدعوى فى المياه المصرية » (١) . ولا شك عندنا فى سلامة هذا النظر ، لأن الإعتبارات التى يقوم عليها ضابط إختصاص محكمة موقع المال تقتضى بالضرورة ان يكون العقار أو المنقول محلا للالتزام الذى أثير النزاع بشأنه .

٢٥ — رابعا : الاختصاص القائم على نشأة الالتزام أو تنفيذه فى مصر

اشارت الفقرة الثانية من المادة ٣٠ إلى اختصاص المحاكم المصريةبالدعوى المتعلقة بالتزام نشأ أو نفذ فى مصر أو كان واجبا تنفيذه فيها . وكان المشرع ينص على هذا المبدأ فى الفقرة الثانية من المادة ٣ من قانون المرافعات القديم . وقد استجاب الشارع فى هذه القاعدة بدورها الى المبادىء العامة المتعارف عليها فى الإختصاص الدولى .

وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية بالدعوى اذا كانت مصر هى محل نشوء الإلتزام كما لو تعلق النزاع بعقد أبرم فى مصر ، أو كانت الواقعة المنشئة للإلتزام قد حدثت فيها . كذلك تختص هذه المحاكم بالدعوى اذا كانت مصر هى بلد تنفيذ الإلتزام كما لو كانت الدعوى تتعلق بعقد نفذ أو كان مشروطاً تنفيذه فى مصر .

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله ص ٥٠٥ والطبعة السادسة ص ٧٠٩ ، ٧١٠ وهو يشير فى ص ٧١٠ هامش (١) الى احكام القضاء المختلط التى قررت هذا المعنى : استئناف مختلط ٢٨ مايو ١٩٣٦ . مجلة التشريع والقضاء س ٤٢ ص ٥٩٢ . ويؤكد الدكتور عز الدين عبد الله ان الأدق هو القول بأنه « يشترط ان يكون محل الالتزام (وهو العمل أو الامتناع عن عمل) متصلا بالعقار أو المنقول » .

ويلاحظ انه لو كان تعيين مكان الواقعة المنشئة للإلتزام غير التعاقدى يبدو أمراً يسيرا فى غالبية الأحوال (١) ، فان تحديد مكان انعقاد العقد

---

(١) فالمحاكم المصرية تختص بدعوى المسئولية عن الفعل الضار الذى ارتكب فى مصر وبدعوى الاثراء بلا سبب التى تحققت واقعتها المنشئة للإلتزام فيها ، مع ملاحظة الخلاف الفقهى حول المقصود بالواقعة المنشئة للإلتزام فيما لو تفرقت عناصر الواقعة فى أكثر من دولة كما اذا وقع الخطأ فى مكان وتحقق الضرر فى آخر ، وكما اذا تم الافتقار فى دولة وتحقق الاثراء فى أخرى . راجع فى التفاصيل مؤلفنا فى تنازع القوانين . الأسكندرية ١٩٦٩ رقم ٢٠٤ . ونكتفى هنا بالاشارة إلى انه ومهما كان من أمر الخلاف الفقهى السابق حول القانون الواجب التطبيق على الالتزام غير التعاقدى فى هذه الفروض وهل هو قانون مكان وقوع الخطأ أو مكان تحقق الضرر ، فاننا نرى فى مجال الاختصاص القضائى ان المحاكم المصرية تختص بالدعوى فى مثل الفروض السابقة سواء وقع الخطأ فى مصر أو تحقق فيها الضرر (بالنسبة لدعوى المسئولية التقصيرية) . أما بالنسبة لدعوى الاثراء بلا سبب فنرى ان إختصاص المحاكم المصرية مشروط بتحقق واقعة الاثراء فى مصر . وأساس التفرقة السابقة بين دعوى المسئولية التقصيرية من جهة ودعوى الاثراء بلا سبب من جهة أخرى هو أنه من العسير ان نفاضل بين عنصر الخطأ وعنصر الضرر فى المسئولية التقصيرية ، وهو ما يدعونا الى تأكيد اختصاص المحاكم المصرية لمجرد تحقق أحد هذين العنصرين فى الاقليم المصرى . أما بالنسبة لدعوى الاثراء بلا سبب فلا خلاف فى أن واقعة الاثراء بالذات هى الواقعة المنشئة للإلتزام ، ومن ثم فان اختصاص المحاكم المصرية منوط فى هذه الحالة بتحقق الاثراء فى مصر . راجع مؤلفنا السابق الاشارة اليه ص ٥١٦ وما بعدها وص ٥٢٥ وما بعدها .

ورغم ان تعيين مكان الواقعة المنشئة للإلتزام فى نطاق الاختصاص القضائى الدولى يبدو أمراً يسيرا فى غالبية الأحوال ، الا أن هناك فروض يدق فيها الأمر . من ذلك – وعلى سبيل المثال – كيفية تحديد المكان الذى تحقق فيه الضرر الأدبى فى دعوى المسئولية التقصيرية . ويرى جانب من الفقه الفرنسى بحق – فى مجال تنازع القوانين – ان تركيز الضرر الأدبى مكانيا لا يتأتى الا فى موطن أو محل إقامة المضرور . راجع هذا الاتجاه معروضاً فى :

Bourel, les conflits de lois en matière d'obligations extra – contractuelles. Thése. Paris 1961. p. 71

وعلى ذلك يمكن القول بأن المحاكم المصرية تختص بدعوى المسئولية التقصيرية فى هذا الفرض ما دام أن المضرور (المدعى) يتوطن فى مصر أو يقيم فيها ولو كان الفعل الضار قد وقع فى الخارج . واختصاص المحاكم المصرية فى هذا الفرض لا يقوم على أساس توطن المدعى (المضرور) فى مصر أو إقامته فيها ، وانما يستند اختصاص هذه المحاكم الى كون مصر هى المكان الذى تحقق فيه الضرر الأدبى ، وهو أحد عناصر الواقعة المنشئة للإلتزام . فاختصاص المحاكم المصرية يقوم اذن فى هذا الفرض على أساس ان مصر هى الدولة التى نشأ فيها الالتزام وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات .

يثير بعض المشاكل وذلك لاختلاف التشريعات المختلفة فيما بينها حول هذه المسألة . ونحن نرى أن الأمر هنا يتعلق بتفسير قاعدة الاختصاص المصرية ، ولذا يجب الرجوع فى ذلك الى القانون المصرى . فلو كان التعاقد قد حدث بين غائبين فان المكان الذى علم فيه الموجب بالقبول هو الذى يعد مكانا لانعقاد العقد ما لم يوجد إتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك (المادة ٩٧ /مدنى) . وعلى ذلك فاذا كان الموجب قد علم بالقبول فى فرنسا فان المحاكم المصرية لا تختص بالنزاع المتعلق بهذا العقد لأن مصر ليست محل ابرام العقد ونشوء الالتزام (١) .

ونشير فى النهاية إلى ان المحاكم المصرية لا تختص بالدعوى حتى لو كانت مصر هى دولة محل الالتزام وذلك فيما لو كان النزاع ينصب على عقار كائن فى الخارج ، كما لو تعلقت الدعوى بعقد أبرم فى مصر لنقل حق عينى على عقار موجود فى فرنسا . فقد مضت الإشارة الى ان القيد الخاص بالدعاوى المتعلقة بالعقارات الكائنة فى دولة أجنبية لا يخص ضابط جنسية أو موطن المدعى عليه فقط ، وإنما هو يستجيب الى قاعدة عامة تمليها مقتضيات مبدأ قوة النفاذ .

٢٦ ـ خامسا : الاختصاص فى مواد الافلاس

تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات الجديد على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بافلاس شهر فيها . وهذا النص منقول عن الفقرة الثالثة من المادة ٣ من قانون المرافعات القديم .

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله . ص ٥٠٦ وراجع مع ذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٩ أكتوبر ١٩٥٣ . مجلة المحاماة س ٣٥ ص ٥٦١ وأنظر النقد الموجه الى هذا الحكم فى عز الدين عبد الله ص ٥١٤ هامش (٢) .

وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية بكافة الدعاوى المتعلقة بالإفلاس اذا كان قد شهر فى مصر . ويستوى فى ذلك ان تكون الدعوى متعلقة بادارة أموال التفليسة أم كانت من الدعاوى التى تنطبق عليها مواد الإفلاس الواردة بالقانون التجارى بصفة عامة ، وذلك كالدعوى التى يرفعها دائن المفلس على السنديك للمطالبة بدينه أو الدعوى التى يرفعها السنديك على مدينى المفلس لمطالبتهم بالمبالغ المستحقة فى ذمتهم . وكذلك الدعوى التى يرفعها السنديك على الغير للمطالبة بعدم نفاذ تصرف المفلس والواقع فى فترة الريبة (١) .

والغريب ان المشرع قد خول للمحاكم المصرية ولاية النظر فى الدعاوى السابقة اذا كان الافلاس قد شهر فى مصر دون أن يبين متى يجوز للقضاء المصرى أصلا ان يحكم بشهر إفلاس التاجر فى العلاقات الدولية .

ورغم ان الفقه المصرى قد سبق أن نبه الى هذه الحقيقة فى ظل القانون القديم (٢) ، إلا أن المشرع قد أصر فى القانون الجديد على نقل الحكم الوارد فى الفقرة الثالثة من المادة ٣ من القانون القديم دون أى محاولة لسد الفراغ التشريعى فى هذه المادة . وإزاء سكوت المشرع عن النص على ضابط الإختصاص الدولى فى هذا الشأن فانه يتعين الرجوع الى الحلول التى إقترحها الفقه مهتديا بالمبادىء العامة .

وأول ما يتبادر إلى الذهن هو جواز شهر إفلاس التاجر فى مصر اذا كان متوطنا أو مقيما فيها تطبيقاً لمعيار الإختصاص العام الوارد بالمادة ٢٩ من

---

(١) راجع الدكتور محمد كمال فهمى . المرجع السابق ص ٤٩٥ و ٤٩٦ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية رقم ١٨٠ وأنظر دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى ص ٥٤ .

قانون المرافعات . وقد سبق للفقه المصرى أن أكد هذا الحل فى ظل القانون القديم أخذا بمفهوم المخالفة للمادة ٣ من قانون المرافعات الملغى (١) ، وهو ما إنتهى اليه القضاء الفرنسى مؤيدا من الفقه الراجح هناك (٢) .

ويمكن بالمثل ان تختص المحاكم المصرية بشهر الإفلاس اذا كان الموطن التجارى للمدين فى مصر ولو كان موطنه العام فى الخارج . ويقوم هذا الحل بدوره على أساس ان الموطن التجارى للمدين — وهو المكان الذى توجد به الإدارة الرئيسية للأعمال التجارية — يعد موطنا خاصاً له ، وقد رأينا ان معيار الاختصاص الوارد بالمادة ٢٩ يتضمن الموطن العام والمواطن الخاصة على حد سواء .

وقد إستقر فقه القانون التجارى وقانون المرافعات فى كل من فرنسا ومصر على هذا المعنى بالنسبة للإختصاص المحلى حيث يقررون إختصاص محكمة الموطن التجارى للمدين محليا بشهر الإفلاس (٣) .

ويمتد هذا الحل فى فرنسا بالنسبة للإختصاص الدولى للمحاكم الفرنسية رغم عدم وجود نص مقابل للمادة ٣٠ من قانون المرافعات المصرى (٤) .

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . السابق رقم ١٨٠ وأنظر أيضاً الطبعة السادسة من مؤلفه رقم ١٨٨ وراجع دروسنا فى تنازع الاختصاص ص ٥٤ .

(٢) راجع Batiffol رقم ٧٧٤ .

(٣) راجع Morel المرافعات المدنية رقم ٢٦٧ والدكتور أحمد أبو الوفا . نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ص ٤٥ وأستاذنا الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى ج ٣ . الطبعة الثالثة ١٩٥٥ رقم ٩٤ .

(٤) Niboyet ج٦ رقم ١٦٣٧ .

ذلك أن محاكم الدولة التي يوجد بها الموطن التجارى للمدين ، والذى توجد به الإدارة الرئيسية لأعماله التجارية ، هى أنسب المحاكم لاشك لإشهار إفلاسه لأنها توجد حيث يتركز نشاطه التجارى وبالتالى مصالح الدائنين(١).

ولعل هذه الإعتبارات هى التى دفعت كل من الفقه المصرى والفرنسى — فى مجال الإختصاص المحلى — الى القول باختصاص محكمة الموطن التجارى للمفلس دون غيرها بشهر إفلاسه رغم أن الأصل فى قواعد الإختصاص المحلى هو عدم تعلقها بالنظام العام (٢) .

والحل السابق غير مأخوذ به على اطلاقه فى مجال الإختصاص الدولى سواء فى فرنسا أو فى مصر . فقد رأينا أنه يجوز شهر الافلاس أمام محاكم الدولة التى يوجد بها الموطن العام للتاجر ولو لم يكن بها موطنه التجارى . ومن ناحية أخرى فقد ذهب الفقه والقضاء فى فرنسا وجانب من الفقه المصرى الى تأكيد إختصاص القضاء الوطنى بشهر الإفلاس اذا كان للتاجر المدين فرع يزاول فيه جزءا من نشاطه التجارى فى الدولة ، أو اذا كانت بها أمواله كلها أو بعضها حتى ولو لم يكن له فى الدولة موطن تجارى أو موطن عام (٣) .

---

(١) راجع رسالة Bauer السابق الاشارة إليها ص ٦٤ .

(٢) راجع Morel رقم ٢٦٧ والدكتور أحمد أبو الوفا . السابق ص ٤٥ .

(٣) راجع Bauer ص ٦٥ وهو يشير الى أحكام القضاء الفرنسى فى هذا المعنى . وأنظر تعليق أستاذنا Loussouarn المنشور فى Rev. crit ١٩٥٦ص٤٩٠ وهو يشير إلى تردد القضاء الفرنسى فى هذا الشأن . فبينما تميل بعض الأحكام الى تأكيد اختصاص المحكمة التى يوجد بها المركز الرئيسى للشركة بشهرهذه الشركة أخذا بمبدأ وحدة التفليسة ، نجد أن هناك أحكاماً أخرى تقرر الاختصاص بشهر الافلاس لجميع محاكم الدول التى توجد بها فروع الشركة المختلفة . ويبدو لنا أن تعدد التفاليس على هذا النحو هى النتيجة الطبيعة لحرية كل دولة فى عقد اختصاص محاكها بالمنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً . ومن جهة أخرى فان الاعتبارات الدولية قد تؤدى بالضرورة الى الخروج عن مبدأ وحدة التفليسة على نحو ما سنرى فى المتن .

وراجع فى الفقه المصرى : الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٥١٦ والطبعة السادسة رقم ١٨٨ .

وترجع الحلول السابقة جميعها الى الإعتبارات الدولية . اذ قد تقتضى مصالح الدائنين إشهار افلاس التاجر أمام محاكم الدولة التى توجد بها أمواله أو جزء منها حتى يسهل لهم إتخاذ اجراءات التنفيذ عليها واستيفاء حقوقهم منها . وتبدو أهمية هذا الحل بصفة خاصة فى الأحوال التى يكون للتاجر فيها عقارات فى دولة معينة . إذ قد يكون من الخير فى هذه الحالة ان ترفع دعوى شهر الإفلاس أمام محاكم هذه الدولة وإلا فقد يكون من العسير بعد ذلك تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم دولة أخرى بها .

ونخلص بذلك إلى أن المحاكم المصرية تختص بشهر افلاس التاجر اذا كان له فى مصر موطن عام أو موطن تجارى أو فرع يزاول فيه جزء من نشاطه التجارى أو كانت أمواله كلها أو بعضها موجودة فيها . وإذا ما اختصت المحاكم المصرية بشهر افلاس التاجر فيكون لها بعد ذلك ان تنظر فى جميع الدعاوى المتعلقة بمواد الإفلاس عموما إعمالا للفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات .

والواقع أنه من الخير ألا تختص المحاكم المصرية بشهر الإفلاس فى غير الأحوال السابقة كما اذا كانت مصر هى بلد ابرام العقد أو محل تنفيذه ، وذلك « لأن شهر الإفلاس ليس مجرد دعوى عادية يرفعها دائن على مدينه ، إذ الإفلاس نظام تبتغى به حماية حقوق دائنى المدين وتساويهم فيما لهم من حقوق ، ومن شأنه إعتبار هؤلاء الدائنين مجموعاً قائما بذاته يكون نقابه الدائنين » (١) . وكل ذلك يقتضى ان تكون المحكمة المرفوع أمامها طلب شهر الإفلاس مختصة بناء على أحد الضوابط العامة التى بيناها والتى تسمح باشتراك غالبية الدائنين فى التفليسة وليس على مجرد ضابط يخص عملية

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧١٧ .

تجارية بعينها كما هو الشأن بالنسبة لمعيار محل الإلتزام (١) .

٢٧ — سادسا : الاختصاص بمسائل الارث وبالدعاوى المتعلقة بالتركه

تنص المادة ٣١ من قانون المرافعات الجديد على أنه « تختص محاكم الجمهورية بمسائل الارث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد أفتتحت فى الجمهورية أو كان المورث مصريا أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها فى الجمهورية » .

والنص السابق منقول عن كل من الفقرة الثالثة من المادة ٣ من قانون المرافعات الملغى والخاصة بالدعاوى المتعلقة بالتركة ، والفقرة الثانية من المادة ٨٦٠ من نفس هذا القانون والمتعلقة بمسائل الارث مع « تعديل هذه الأخيرة بالإكتفاء بكون المورث مصريا أو كون أموال التركة واقعة كلها أو بعضها فى الجمهورية دون إضافة ضابط آخر للإختصاص الى كل منهما . وبعدم النص على عقد الإختصاص فى مسائل الإرث على أساس تعدد المدعى عليهم لأن عقد الإختصاص لمحاكم الجمهورية على هذا الأساس أخذ فى المشروع صورة قاعدة عامة منصوص عليها فى البند التاسع من المادة ٣٠»(٢).

وتحديد المقصود بمسائل الإرث هو مسألة تكييف تخضع للقانون المصرى. ويعد من هذه المسائل الشروط الواجب توافرها لإستحقاق الإرث وبيان الورثة وتحديد مراتبهم ونصيب كل منهم وحق المورث فى تعيين منفذ الوصية وحق القاضى فى تعيين مدير التركة (٣).

---

(١) قرب الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية رقم ١٨٠ .

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للقانون . وأنظر فى عرض أحكام المادتين ٣/٣ و ٢/٢٦٠ من قانون المرافعات القديم : دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى رقم ٢٤ ورقم ٣٨ .

(٣) راجع الدكتور شمس الدين الوكيل . المرجع السابق ص ١٤٠ وما بعدها وأنظر فى فرنسا Batiffol المطول رقم ٦٥٧ وما بعده .

والمقصود بالدعاوى المتعلقة بالتركة الدعاوى المدنية البحتة كما هو الشأن بالنسبة للدعوى التى يرفعها دائن المورث طالبا الوفاء بدينه من التركة أو الدعوى التى ترفع على مدين المورث لإستيفاء أموال التركة .

وتتولى فيما يلى دراسة القاعدة العامة فى الإختصاص بمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة : ثم نعرض للاستثناء المقرر على هذه القاعدة .

(١) القاعدة العامة فى الاختصاص بمسائل الارث والدعاوى المتعلقة بالتركة

اشارت المادة ٣١ من قانون المرافعات الجديد إلى ثلاثة ضوابط للإختصاص فى مسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة .

الضابط الأول هو ضابط محل إفتتاح التركة . وعلى ذلك تختص محاكم الجمهورية بالدعوى إذا كانت مصر هى آخر موطن للمتوفى .

وأساس إعتداد المشرع ببلد إفتتاح التركة كضابط للإختصاص فى مواد المواريث هو ان محاكم الدولة التى يوجد بها آخر موطن للمتوفى هى الأقدر على الفصل فى الدعاوى المتعلقة بالتركة لكونها أقرب المحاكم الى أموال المتوفى كما أن مصالح دائنيه تتركز عادة فى دائرتها (١) .

والضابط الثانى لإختصاص المحاكم المصرية فى مسائل الارث والدعاوى المتعلقة بالتركة هو ضابط جنسية المورث . فمتى كان المورث مصريا انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بدعاوى الارث أو بالدعاوى المتعلقة بالتركة .

ولم تكن المادة ٨٦٠ من قانون المرافعات القديم تكتفى بالجنسية المصرية للمورث كضابط لإختصاص المحاكم الوطنية بالنسبة لدعاوى الإرث ، بل كانت تستلزم فوق ذلك ان تكون أموال التركة كلها أو بعضها فى مصر .

---

(١) راجع Lerebours Pigeonniere et Loussouarn الموجز رقم ٤١٢ .

وعندنا أن المشرع قد جانبه الصواب حينما إكتفى فى القانون الجديد بالجنسية المصرية للمورث كضابط لإختصاص محاكم الجمهورية بدعاوى الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة . فقد رأينا أن ضابط الجنسية لا يكفى وحده لربط النزاع بالإقليم (١) .

ويبدو أن المشرع قد وضع فى إعتباره أنه لو كان المورث مصريا فان القانون المصرى هو الذى سيطبق على موضوع دعوى الإرث إعمالا للمادة ١٧ من القانون المدنى ، مما يجعل إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى أمراً مرغوبا فيه وفقاً للفكرة القائلة بأن محاكم الدولة هى الأولى بتطبيق قانونها .

ومهما كان من أمر هذه الأفكار فقد تناسى الشارع ان القانون المصرى لن يكون هو الواجب التطبيق بالضرورة كما لو كانت الدعوى مثلا من الدعاوى المدنية البحت المتعلقة بالتركة كدعوى دائن المورث التى يطالب فيها بحق عينى على مال منقول من أموال التركة كائن فى دولة أجنبية (٢) .

أما الضابط الثالث لإختصاص المحاكم المصرية فى مسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة فهو وجود أموال التركة كلها أو بعضها فى مصر . ويقوم الإختصاص فى هذا الفرض على أساس أن مصر هى دولة موقع الأموال ومن ثم تختص محاكمها بالدعاوى المتعلقة بها ، وهو ترديد للمبدأ العام الوارد بالفقرة الثانية من المادة ٣٠ على نحو ما رأينا من قبل .

---

(١) راجع ما تقدم رقم ٢٢ وأنظر مع ذلك الدكتور عز الدين عبد الله ، الطبعة السادسة ص ٦٩٨ وهامش (١) .

(٢) أما لو كان المال عقاراً فى هذا الفرض فلن تختص المحاكم المصرية بنظر الدعوى أصلا على نحو ما سنرى (راجع المتن) .

ومع ذلك يظل هناك فارق هام بين اختصاص المحاكم المصرية القائم على وجود المال فى مصر والمنصوص عليه فى الفقرة الثانية بالمادة ٣٠ وبين اختصاص هذه المحاكم فى مسائل الإرث وفقاً للمادة ٣١ محل البحث . فى هذه الحالة الأخيرة يكفى لإختصاص المحاكم المصرية بدعاوى الإرث أو الدعاوى المتعلقة بالتركة ان تكون بعض أموال التركة فى مصر ولو كان المال محل النزاع كائنا فى دولة أجنبية .

ونحن وان كنا لا نرى مانعا من قبول هذه النتيجة بالنسبة للأموال المنقولة الموجودة فى الخارج . إلا أن الأمر لابد أن يختلف بالنسبة للعقارات الكائنة فى دولة أجنبية على نحو ما سنرى عند التعرض للإستثناء الوارد على القاعدة العامة فى شأن الإختصاص بمسائل التركات .

ونشير فى النهاية إلى ان عدم توافر أحد ضوابط الإختصاص الثلاثة المتقدمة لا يحول دون اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث أوبالدعاوى المتعلقة بالتركة ما دام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر وفقاً للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٩ من قانون المرافعات (١) . وفى ذلك تقول المذكرة الايضاحية تعليقاً على المادة ٢٩ سالفة الذكر « . . . على ان انعقاد الإختصاص لمحاكم الجمهورية على أساس موطن المدعى عليه أو محل إقامته هى قاعدة عامة لا تعطلها قواعد الإختصاص الخاصة بمسائل الولاية على المال أو بمسائل الميراث أو غيرها الا حيث يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » .

---

(١) وراجع فى هذا المعنى أيضاً الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٠٥ ، ٧٠٦ .

(٢) الاستثناء : الدعاوى المتعلقة بعقار واقع فى الخارج

رأينا ان المحاكم المصرية تختص بمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة مادام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر (المادة ٢٩) ، أو كانت مصر هى آخر موطن للمتوفى ، أو كان المورث مصريا ، أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها فى مصر وحتى لو كانت بعض أموال التركة موجودة فى الخارج (المادة ٣١ من قانون المرافعات) .

ولا شك عندنا فى اختصاص المحاكم المصرية فى الأحوال السابقة ولو كانت بعض أموال التركة المنقولة موجودة فى دولة أجنبية . بل واننا لا نشك فى اختصاص المحاكم المصرية فى الأحوال السابقة ولو كانت بعض أموال التركة العقارية فى الخارج مادام أن الدعوى لا تتعلق بهذه العقارات .

أما لو كانت الدعوى تتعلق ببعض أموال التركة العقارية الكائنة فى دولة أجنبية ففى الأمر تفصيل .

ويرى جانب من الفقه المصرى ان المحاكم المصرية تختص بدعاوى الإرث مادام أن أحد ضوابط الإختصاص التى مضت الإشارة اليها قد تحقق وحتى لو تعلقت الدعوى بعقار كائن فى الخارج (١) . ويقوم هذا الرأى أساساً ، والذى قال به أيضاً نفر من الشراح الفرنسيين (٢) ، على فكرة وحدة الإختصاص بمسائل التركة (٣) .

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٦٢ والطبعة السادسة ص ٧٠١ وما بعدها .

(٢) راجع Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٨٣٨ .

(٣) راجع فى مزيد من التفصيل : الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق .

وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية وفقاً لهذا الرأى بدعوى الاستحقاق فى الإرث وما قد تثيره من بيان الورثة وتحديد مراتبهم ونصيب كل منهم ولو تعلقت بعقارات كائنة فى دولة أجنبية . أما دعوى استحقاق العقار الموروث والتى يرفعها الوارث بعد ثبوت إستحقاقه فى الإرث فقد أكد هذا الرأى أخيرا عدم اختصاص المحاكم المصرية بها مادام أن العقار كائن فى الخارج على أساس أنها تعد من الدعاوى العينية العقارية (١) .

ونحن نعتقد مع ذلك ان المحاكم المصرية لا تختص — كمبدأ عام — بدعاوى الميراث المتعلقة بعقارات كائنة فى الخارج فى جميع الأحوال . ذلك ان تعيين الوارث فى العقار هو تحديد لمن سيؤول إليه الحق العينى على هذا العقار ، وهو الأمر الذى يستوجب إختصاص محكمة موقعه بدعوى الإرث المتعلقة به تطبيقاً لمبدأ قوة النفاذ . حقاً ان محكمة موقع العقار هى التى ستختص فى جميع الأحوال بدعوى القسمة فيه على أساس ان دعـوى القسمة لا تعد من مسائل الميراث وفقاً للتكييف المصرى لهذه الدعوى على نحو ما سنرى . ومع ذلك فان محاكم دولة الموقع سترفض غالبا تقسيم العقار على أساس التحديد الذى أتت به المحاكم المصرية للورثة فى العقار وأنصبة كل منهم فيه مادام أن هذا التحديد من شأنه إكتساب حق عينى على عقار كائن بها فى غير الأحوال التى يقرها القانون الواجب التطبيق هناك . ومؤدى هذا ان يصبح الحكم المصرى الصادر فى دعاوى الإرث المتعلقة بعقار كائن فى الخارج عديم القيمة الفعلية (٢) . ولذا نفضل ان يترك أمر

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٠٢ وقارن الطبعة الثانية ص ٥٦٢ .

(٢) وهو ما يعترف به أيضاً أنصار اختصاص المحاكم الوطنية بدعوى الارث المتعلقة بعقار واقع فى الخارج . راجع Niboyet السابق رقم ١٨٣٨ .

تعيين الورثة فى العقارات الكائنة فى الخارج وتحديد أنصبتهم فيها الى محاكم دولة موقع هذا العقار والتى تختص أيضاً بدعوى القسمة فيه ، وذلك إستجابة الى وحدة الإختصاص فى المنازعات المتعلقة بعقارات كائنة فى الخارج ، وإعمالا لمبدأ قوة النفاذ الذى يعد الأساس الحقيقى لإختصاص محاكم دولة موقع العقار دون غيرها بالمنازعات المتعلقة به على نحو ما رأينا من قبل .

ويبدو أن هذه الإعتبارات هى التى دفعت القضاء الفرنسى الحديث الى الخروج عن قواعد الإختصاص المحلى ، وتأكيد عدم إختصاصه بدعاوى الإرث المتعلقة بعقارات كائنة فى دولة أجنبية حتى لو كانت فرنسا هى بلد إفتتاح التركة (١) .

أما بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالتركة وهى الدعاوى المدنية البحتة كدعوى دائن المورث التى يطالب فيها بالوفاء بدينه من التركة والدعوى التى ترفع على مدين المورث لإستيفاء أموال التركة والتى رأينا ان المشرع قد أخضعها بدورها لاختصاص القضاء المصرى اذا ما تحققت الضوابط التى مضت الإشارة إليها ، فقد أكد الفقه المصرى بحق عدم اختصاص محاكم الجمهورية مع ذلك بنظرها اذا ما تعلقت بعقار واقع فى الخارج (٢) .

---

(١) راجع هذا الاتجاه معروضاً فى Batiffol المطول رقم ٧٠٠ . وأنظر الحل المخالف فى نطاق الإختصاص المحلى Morel رقم ٢٦٣ وراجع فى مصر المادة ٥٣ من قانون المرافعات والتى تنص على أن « الدعاوى المتعلقة بالتركات التى ترفع قبل قسمة التركة من الدائن أو من بعض الورثة على بعض تكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للتوفى » .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٠٨ وما بعدها والطبعة السادسة ص ٧٠٤ ودروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى رقم ٢٤ .

وعلى ذلك فدعوى الدائن ذو الحق العينى التبعى على عقار المتوفى الكائن فى الخارج (دعوى الدائن المرتهن) تفلت من إختصاص القضاء المصرى حتى لو كانت مصر هى بلد إفتتاح التركة ، أو كان المورث مصريا ، أو كانت بعض أموال التركة موجودة فى مصر (المادة ٣١ مرافعات) ، أو كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر ، وذلك لنفس الاعتبارات التى دفعت المشرع المصرى الى استثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج من اختصاص القضاء المصرى القائم على فكرة الجنسية (المادة ٢٨ (أو الموطن ومحل الإقامة (المادة ٢٩) .

ويرى البعض إمتداد هذا الاستثناء الى الدعاوى العينية المتعلقة بمنقول كائن فى دولة أجنبية (١) .

ونحن نرى على العكس انه ليس هناك ثمة ما يدعو إلى استبعاد الدعاوى العينية المتعلقة بمنقول موجود فى الخارج من نطاق تطبيق المادة ٣١ من قانون المرافعات. وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية فى رأينا بالدعوى التى يرفعها الدائن ذو الحق العينى التبعى على أموال المتوفى المنقولة ضد الورثة مادام أن التركة قد أفتتحت فى مصر حتى لو كانت المنقولات كائنة فى دولة أجنبية . ويرجع هذا الحل بدوره إلى نفس الأسباب التى قررنا من أجلها إختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى العينية المنقولة اذا كان المدعى عليه متوطنا فى مصر حتى لو كان المنقول موجودا فى دولة أخرى . فقد مضت الإشارة إلى خطأ تشبيه الدعاوى العينية المنقولة بالدعاوى العقارية

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٠٩ والطبعة السادسة ص ٧٠٤ . ولذا نراه يقول « أما الدعوى التى يرفعها الدائن ذو الحق العينى التبعى فهى دعوى عينية لا تختص بها محاكم الجمهورية اذا كان المال المترتب فيه الحق واقعاً فى الخارج » ، فهو لم يفرق اذن بين الدعاوى المتعلقة بعقار كائن فى الخارج وبين تلك التى تتعلق بمنقول موجود فى دولة أجنبية .

بصفة عامة . فالإعتبارات التى توجب على القضاء المصرى أن يتخلى عن النظر فى المنازعات المتعلقة بعقار كائن فى الخارج لا تتوافر بالنسبة للدعاوى المنصبة على منقول موجود فى دولة أجنبية (١) .

ونشير فى النهاية إلى ضابط الإختصاص فى دعاوى القسمة والخروج عن حالة الشيوع المترتبة على الميراث لما لها من وضع خاص . وقد كانت المحاكم الفرنسية ترى إختصاصها بنظر دعاوى القسمة العقارية ما دامت فرنسا هى محل إفتتاح التركة وحتى لو كان العقار كائن فى دولة أجنبية ، وهو نفس الحل المتبع فى المانيا حتى الآن (٢) . ومع ذلك فمنذ أن صدر حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٥ يوليو ١٩٣٣ (٣) إستقر القضاء هنـاك على الحكم بعدم إختصاصه بدعاوى قسمة العقارات الكائنة فى الخارج حتى لو كانت فرنسا هى دولة إفتتاح التركة (٤) .

ولا يقوم هذا الحل فى فرنسا على أساس إختصاص محكمة موقع العقار بالدعاوى المتعلقة به فقط ، وإنما يستند أيضاً — وبالدرجة الأولى — إلى ما لدعوى القسمة من طبيعة خاصة . ذلك أن للقسمة إجراءات معينـــة لا يتصور فنيا ان تقوم بها محكمة غير محكمة الموقع (٥) . وإذا إفترضنا ان محكمة أخرى قد تصدت لإتخاذ إجراءات القسمة فسوف يكون حكمها — والواجب التنفيذ فى دولة الموقع — عديم القيمة الفعلية . ذلك ان محاكم دولة الموقع سوف ترفض غالبا الأمر بتنفيذ هذا الحكم أو الإعتراف بآثاره

---

(١) راجع ما تقدم ص ٨٦ وما بعدها .

(٢) Bauer فى رسالته ص ٦٢ .

(٣) منشور فى Sirey ١٩٣٤ الجزء الأول ص ٣٣٧ مع تعليق Niboyet .

(٤) Bauer السابق و Niboyet رقم ١٨٤٠ .

(٥) Niboyet المطول ج ٦ ص ٤٥٣ وراجع تعليقه المنشور فى Rcv. crit ١٩٣٤ ص ٩٣٩ وأنظر كذلك Batiffol المطول رقم ٦٨٨ .

هناك (١) .

ونحن نرى مع جانب من الفقه الفرنسى إمتداد هذا الحل بالمثل إلى دعاوى القسمة المنقولة لنفس الأسباب التى يقوم عليها الحل المماثل بالنسبة للعقارات (٢) . وعلى ذلك فلا تختص المحاكم المصرية فى تقديرنا بدعوى القسمة اذا كانت أموال التركة العقارية أو المنقولة كائنة فى دولة أجنبية حتى لو كانت مصر هى دولة إفتتاح التركة (٣) .

وقد يبدو هذا الحل غريباً بالنسبة لدعاوى القسمة المنقولة خاصة وأن دعاوى القسمة عموماً تعد وفقاً للرأى الراجح من الدعاوى الشخصية (٤) . إذ أن معنى ذلك اننا قد سلبنا اختصاص المحاكم المصرية فى هذه الحالة بنظر الدعوى الشخصية المنقولة لمجرد وجود المنقول فى دولة أجنبية رغم أننا قد رفضنا هذا الحل قبل ذلك حتى بالنسبة للدعاوى العينية المنقولة . ومع ذلك فسرعان ما يزول هذا التناقض الظاهرى فى النتائج التى إنتهينا إليها اذا عرفنا ان اساس سلب إختصاص المحاكم المصرية فى هذه الحالة — رغم افتراض ان مصر هى بلد افتتاح التركة أو موطن المدعى عليه — هو ما لدعوى القسمة من طبيعة خاصة كما ذكرنا ، وليس مجرد وجود المنقول محل القسمة فى الخارج . فقد رأينا ان على المحكمة ان تتخذ عند نظرها لدعوى القسمة إجراءات معينة لا يتأتى إتخاذها فنياً لغير محكمة موقع المال . وهو

---

(١) Bauer ص ٦٢ .

(٢) Niboyet ج ٦ ص ٤٥٤ .

(٣) راجع فى تأييد هذا الحل فى مصر : الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥١٠ والطبعة السادسة ص ٧٠٤ ، ٧٠٥ .

(٤) راجع الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٧٠٤ .

إعتبار يصلح أساسا كافيا لإختصاص محكمة الموقع بدعوى القسمة سواء تعلقت بعقار أو بمنقول .

وغنى عن البيان أنه لو كانت العقارات أو المنقولات محل القسمة كائنة فى مصر فان المحاكم المصرية تختص بدعوى القسمة فى هذه الحالة إستنادا إلى الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات ولو لم تكن مصر هى دولة إفتتاح التركة (١) .

٢٨ – سابعا : الاختصاص فى مسائل الولاية على المال

تنص الفقرة الثامنة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على إختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بالولاية على المال « متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة فى الجمهورية أو اذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب » .

ونص المادة ٨/٣٠ منقول عن المادة ٨٦٠ من قانون المرافعات القديم . ولعل الفارق الوحيد بين النصين هو ان المشرع قد سوى فى القانون الجديد بين الموطن ومحل الإقامة بينما كان يقصر اختصاص المحاكم المصرية فى ظل القانون القديم على حالة ما اذا كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا متوطنا فى مصر أو كان بها آخر موطن للغائب .

وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية بمسائل الولاية على المال إذا كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامه فى مصر أو كان بها آخر موطن أو محل إقامه للغائب ، وذلك بصرف النظر عما اذا كان ناقص الأهلية أو الغائب هو المدعى أو المدعى عليه .

---

(١) راجع فى سلامة هذا الحل بالنسبة للعقارات فى فرنسا والمانيا Bauer فى رسالته ص ٦٣ .

والواقع أن جدوى الفقرة الثامنة من المادة ٣٠ لا تبدو إلا فى الفروض التى يكون ناقص الأهلية أو الغائب فيها هو المدعى . اذ تختص المحاكم المصرية بمسائل الولاية على المال فى هذه الحالة مادام أن لناقص الأهلية موطن أو محل إقامة فى مصر أو كانت هى آخر موطن أو محل إقامةللغائب . أما لو كان ناقص الأهلية أو الغائب هو المدعى عليه لاختصت المحاكم المصرية بالدعوى وفقاً للقاعدة العامة الواردة بالمادة ٢٩ من قانون المرافعات والتى تقضى باختصاص هذه المحاكم مادام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر (١) . وقد راعى المشرع عند وضعه لنص الفقرة الثامنة من المادة ٣٠،وما يتضمنه هذا النص من استثناء على القاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٩ ، حماية الطرف الضعيف فى الدعوى .

ويلاحظ ان الإختصاص بتعيين الوصى أو القيم أو المساعد ينعقد للمحاكم المصرية مادام أن ناقص الأهلية نفسه متوطنا أو مقيما فيها أو إذا كانت مصر هى آخر موطن أو محل إقامة للغائب . أما وقد تعين النائب القانونى للغائب أو للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا فقد أصبح موطن هؤلاء هو موطن من ينوب عنهم إعمالا للمادة ٤٢ من القانون المدنى .

وتشمل مسائل الولاية على المال كل ما يتعلق بتعيين النواب القانونيين أو القضائيين عن ناقصى الأهلية وإثبات الغيبة وتعيين الوكلاء عن الغائبين ومراقبة أعمال هؤلاء النواب وعزلهم وكذلك النظر فى إستمرار الولاية أو الوصاية الى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد والاذن للقاصر بمباشرة التجارة وحدود هذا الإذن ، وباختصار كل ما يتعلق بحماية ناقص الأهلية .

---

(١) وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد تعليقاً على نص المادة ٢٩ « على ان انعقاد الاختصاص لمحاكم الجمهورية على أساس موطن المدعى عليه أو محل إقامته هى قاعدة عامة لا تعطلها قواعد الإختصاص الخاصة بمسائل الولاية على المال أو بمسائل الميراث أو غيرهما إلا حيث يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » .

ويرى جانب من الفقه المصرى بحق انه وان كان نص الفقرة الثامنة من المادة ٣٠ قد جاء صريحاً فى ذكر الاختصاص « بالدعوى » المتعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال . إلا انه من المتعين ان ينصرف حكمه « إلى اى اجراء يلزم اتخاذه فى هذه المسائل لحماية عديم الأهلية أو من فى حكمه فى ماله » (١) .

أما عن تصرف النائب فى أموال ناقص الأهلية أو تصرف هذا الأخير نفسه فى أمواله فى الحدود التى سمح له فيها بادارتها فهو يخضع — بالنسبة للمنازعات المتعلقة به — إلى القواعد العامة فى الإختصاص . وعلى ذلك فاذا كان الاذن للوصى ببيع عقار القاصر يعد من مسائل الولاية على المال التى تخضع لضابط الاختصاص المشار إليه فى الفقرة الثامنة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات . فان النزاع المتعلق بالبيع ذاته كتصرف وارد على عقار يخضع للقاعدة الواردة بالفقرة الثانية من المادة ٣٠ على نحو ما رأينا من قبل (٢) .

٧٩ — ثامنا : الاختصاص بالمسائل المتعلقة بنسب الصغير والولاية على النفس

نصت الفقرة السادسة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التى ترفع على أجنبى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك « اذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم فى الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها » .

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٦٩٥ . مع ملاحظة إختصاص المحاكم المصرية فى جميع الأحوال بما يلزم اتخاذه من اجراءات وقتية أو تحفظية فى هذا الشأن إعمالا للمبدأ العام الوارد فى المادة ٣٤ من قانون المرافعات على نحو ما سنرى فيما بعد .

(٢) راجع ما قبله رقم ٢٤ وأنظر فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٦٩٥ .

وهذا النص منقول عن الفقرة (د) من المادة ٨٦١ من قانون المرافعات الملغى .

ويلاحظ ان المشرع قد إعتد باقامة الصغير فى مصر ولم يستلزم ان يكون متوطنا بها . وقد راعى المشرع إعتبارات العدالة وحماية مركز الطرف الضعيف فى الدعوى حينما اعتد باقامة الصغير فى مصر كضابط لإختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المحددة فى النص وذلك بصرف النظر عما اذا كان الصغير هو المدعى فيها أو المدعى عليه .

والمقصود بدعاوى النسب هو دعوى اثبات النسب ودعوى انكاره .

٣٠ - تاسعا : الاختصاص بطلب نفقه للأم أو للزوجة أو للصغير

نصت الفقرة الخامسة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التى ترفع على الأجنبى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية اذا كانت « متعلقة بطاب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لها موطن فى الجمهورية أو للصغير المقيم فيها » .

وضابط اختصاص المحاكم المصرية فى هذه الحالة هو توطن الأم أو الزوجة المدعية فى مصر . أما بالنسبة للصغير فيكفى أن يكون محل إقامته المعتادة فى مصر حتى ينعقد الإختصاص للمحاكم المصرية بدعوى المطالبة بالنفقة المستحقة له . فضابط الاختصاص فى هذا الفرض هو موطن المدعى (بالنسبة للأم أو الزوجة) أو محل إقامته (بالنسبة للصغير) ، وذلك خلافا للقاعدة العامة الواردة بالمادة ٢٩ والتى تقضى باختصاص المحاكم المصرية اذا كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر .

وأساس الإستثناء الوارد بالفقرة الخامسة من المادة ٣٠ هو مراعاة حالة المدعى المطالب بالنفقة ، نظرا لضعف مركزه وحاجته العادلة الى النفقة اللازمة لمعيشته .

ويلاحظ فى النهاية ان ضابط الاختصاص الوارد فى الفقرة الخامسة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات يتعلق بنفقة الأم أو الزوجة أو الصغير . أما النفقة الوقتية التى قد يطالب بها هؤلاء أو غيرهم فهى تقع تحت حكم المادة ٣٤ من قانون المرافعات على نحو ما سنرى فيما بعد .

٣١ — عاشرا : الاختصاص بالمعارضة فى عقد الزواج المراد ابرامه لدى الموثق المصرى

نصت الفقرة الثالثة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التى ترفع على الأجنبى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى مصر وذلك « اذا كانت الدعوى معارضة فى عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق مصرى » .

والنص السابق منقول عن الفقرة (أ) من المادة ٨٦١ من قانون المرافعات القديم .

وقد روعيت فى هذا الاستثناء المقرر على القاعدة العامة فى إختصاص محكمة موطن أو محل اقامة المدعى عليه إعتبارات الملاءمة . فمن المعلوم ان المشرع قد أكد فى المادة (٢٠) من القانون المدنى مبدأ خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام . ومؤدى ذلك أنه يجوز للأجانب إبرام عقود زواجهم لدى الموثق المصرى إعمالا لنصوص القانون المصرى . وقد يحدث فى هذه الأحوال ان يعترض على الزواج من له الحق قانوناً فى الإعتراض عليه كما لو كان أحد الزوجين عديم الأهلية وفقاً لأحكام قانون جنسيته أو كان مبنى الإعتراض هو عدم رضاء من يستلزم القانون الواجب التطبيق رضاءه بالزواج .

ولا شك انه من الخير فى هذه الحالة — تمكينا للموثق المصرى من أداء مهمته على الوجه الأكمل — ان تختص المحاكم المصرية بالنظر فى هذا الإعتراض

ما دام أن شكل الزواج يخضع فى هذه الحالة للقانون المصرى (١) .

٣٢ - الحادى عشر : الاختصاص بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال الجسمانى

نصت الفقرة الرابعة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التى ترفع على الأجنبي ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى مصر اذا كانت متعلقة « بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج متى كان لها موطن فى الجمهورية ، أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن فى الجمهورية على زوجها الذى كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه فى الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الإنفصال أو كان قد أبعد عن الجمهورية » .

والنص السابق منقول عن الفقرة (ب) من المادة ٨٦١ من قانون المرافعات القديم .

وتختص المحاكم المصرية وفقاً لهذا النص بالدعوى المتعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالإنفصال الجسمانى ولو لم يكن للمدعى عليه الأجنبي موطن أو محل إقامة فى مصر وذلك فى الفرضين الآتيين :

الفرض الأول: ان تكون الدعوى مرفوعة من الزوجة الأجنبية المتوطنة فى مصر متى كانت قد فقدت جنسية الجمهورية العربية المتحدة نتيجة للزواج .

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٥١ ، ٥٥٢ والطبعة السادسة ص ٦٨٦ .

ومبنى الإختصاص فى هذه الحالة هو مراعاة حالة الزوجة المدعية فى هذا الفرض وتمكينها من إسترداد جنسيتها المصرية وفقاً للمادة (٢٠) من قانون الجنسية . ولا شك ان توطن الزوجة فى مصر بعد إنحلال رابطة الزوجية يشكل عنصرا هاما من عناصر تقدير السلطة التنفيذية عند النظر فى طلب إسترداد الجنسية (١) .

ويلاحظ أنه يشترط لإختصاص المحاكم المصرية فى هذه الحالة ان يكون للزوجة المدعية موطن فى مصر . فمجرد إقامة الزوجة بمصر لا يكفى لعقد الإختصاص لمحاكمها . وقد سبق للفقه المصرى ان إنتهى الى هذه النتيجة فى ظل القانون القديم رغم أن نص المادة ٨٦١/ب كان يكتفى باقامة الزوجة فى مصر (٢) .

الفرض الثانى : ان تكون الدعوى مرفوعة من الزوجة المتوطنة فى مصر على زوجها الذى كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه فى الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الإنفصال أو كان قد أبعد عن الجمهورية .

ومبنى الإختصاص هنا هو توطن الزوجة المدعية فى مصر . أما عن حكمته فهى مراعاة مركز الزوجة التى أساء اليها زوجها بهجرها أو بنقل موطنه الى الخارج بعد تحقق سبب دعوى الفسخ أو التطليق أو الإنفصال وكذلك مراعاة الزوجة التى إستحالت حياتها مع زوجها نتيجة لإبعاده الى الخارج (٣) .

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٣٣ والطبعة السادسة ص ٦٨٧ و ٦٨٨ .

(٢) راجع الدكتور محمد كمال فهمى . المرجع السابق ص ٥١٠ ودروسنا فى تنازع الإختصاص القضائى الدولى ص ٩٣ .

(٣) راجع الدكتور محمد كمال فهى ص ٥١٠ ودروسنا السابق الاشارة إليها ص ٩٤ .

٣٣ ـ الثانى عشر: الاختصاص القائم على فكرة تلافى انكار العدالة أو كون القانون المصرى هو الواجب التطبيق فى الدعوى

نصت الفقرة السابعة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على إختصاص محاكم الجمهورية بالدعوى المرفوعة على الأجنبي الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى مصر وذلك « اذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنيا أو كان أجنبيا له موطن فى الجمهورية ، وذلك اذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى » .

وهذا النص منقول عن نص الفقرة هـ من المادة ٨٦١ من قانون المرافعات القديم . ويتضمن النص السابق استثنائين على قاعدة إختصاص محكمة موطن المدعى عليه . أولهما يتعلق بالإختصاص القائم على فكرة منع إنكار العدالة . وثانيهما يتعلق باختصاص المحاكم المصرية الذى يستند إلى أن القانون المصرى هو الواجب التطبيق فى الدعوى .

ا ـ الاختصاص القائم على فكرة تلافى إنكار العدالة

تختص المحاكم المصرية وفقا للمادة ٣٠/٧ من قانون المرافعات إذا كان المدعى مصرى الجنسية أو أجنبيا متوطنا فى مصر وذلك فيما لو لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج .

وقد قصد المشرع بهذا الإستثناء أساسا تلافى إنكار العدالة (١) . فالمفروض أنه ليس للمدعى عليه موطن معروف ، ومن ثم فالغالب أنه

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٤٩ والطبعة السادسة ص ٦٨٤ وانظر دروسنا فى تنازع الاختصاص . السابق الاشارة إليها رقم ٢٨ .

لا توجد هناك محكمة أخرى تختص بالدعوى . وهو الأمر الذى دعا المشرع المصرى إلى تأكيد إختصاص المحاكم المصرية فى هذا الفرض مادام أن المدعى مصرى أو أجنبى متوطن فى مصر .

ويلاحظ من جهة أن المشرع المصرى لم يستجب إلى مبدأ تلافى إنكار العدالة على وجه مطلق . فهو لم يفتح الباب أمام أى مدع لرفع دعواه أمام القضاء المصرى إذا لم نجد محكمة أخرى مختصة . وإنما إشترط المشرع أن يكون هناك ثمة إرتباط بين الدعوى والإقليم فاستلزم أن يكون المدعى متوطنا فى مصر أو أن يكون — على الأقل — مصرى الجنسية .

ومن جهة أخرى فقد إشترط المشرع لعقد إختصاص المحاكم المصرية على النحو السالف أن تكون الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية .

والواقع أن تلافى إنكار العدالة يعد سببا من أسباب الإختصاص بالدعوى فى الكثير من دول العالم دون تفرقة بين مسائل الأحوال الشخصية وبين مسائل الأحوال العينية . فقد حكم القضاء الفرنسى بأنه إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى فرنسا أو فى الخارج فان المحاكم الفرنسية تختص بالدعوى مادام أن المدعى متوطن فى فرنسا . وقد إنتهى القضاء الفرنسى إلى هذا الحل بالتطبيق لقواعد الإختصاص المحلى والتى تقضى باختصاص محكمة موطن المدعى إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف (١) . بل ويذهب

---

(١) راجع فى ذلك Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٨١١ . وقد أخذ المشرع المصرى بدوره بهذا المبدأ فى نطاق الاختصاص المحلى . راجع المادة ٦١ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة للمادة ٦٨ من القانون الملغى .

جانب من الفقه الألمانى إلى حد القول بأنه إذا لم تكن هناك محكمة مختصة بنظر النزاع فيجب أن تكون جميع المحاكم الأخرى مختصة بالفصل فيه (١) .

وقد دفعتنا الإعتبارات السالفة فى ظل قانون المرافعات القديم إلى تعميم الحكم الوارد بالمادة ٨٦١/هـ من هذا القانون والمقابلة للمادة ٧/٣٠ من القانون الجديد والمناداة باعماله سواء بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية أو بالنسبة لمسائل الأحوال العينية رغم ورود النص فى الكتاب الرابع والخاص بمواد الأحوال الشخصية . فتلافى إنكار العدالة كضابط للإختصاص الدولى للمحاكم المصرية يقوم على مبررات لا تخص مواد الأحوال الشخصية دون غيرها (٢) .

وعلى ذلك فقد إنتهينا فى ظل قانون المرافعات القديم — وخلافا لما كان يراه الفقه المصرى فى مجموعه (٣) — إلى تأكيد إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى فيما لو لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة معروف ، ولم تكن هناك محكمة أخرى مختصة بالفصل فى النزاع ، مادام أن للمدعى موطن أو محل إقامة فى مصر . وذلك سواء تعلق النزاع بمواد الأحوال الشخصية أو بمواد الأحوال العينية (٤) .

---

(١) راجع Bauer فى رسالته السابق الاشارة إليها ص ١٣٨ .

(٢) راجع دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى . السابق الإشارة إليها ص ٦٤ .

(٣) راجع الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥١١ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعةالسادسة ص ٥٤٩ .

(٤) راجع Françescakis فى مقاله المنشور فى « القانون الدولى الخاص فى إطار الروابط العائلية » السابق الإشارة إليه ص ٤٢٦ وما بعدها . وهو يشير الى ان عدم وجود محكمة مختصة بالنزاع يصلح سببا لإنعقاد إختصاص المحاكم الوطنية بالدعوى على أساس ان مقتضيات النظام العام تحتم الأخذ بهذا الحل تلافيا لإنكار العدالة .

ورغم إستمرار إيماننا بسلامة هذا النظر . إلا أنه قد يعترض على هـذا الرأى فى ظل القانون الجديد نظرا لأن الشارع قد قيد تطبيق الفقرة السابعة من المادة ٣٠ – وبصريح النص – فى إطار الدعاوى المتعلقة « بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية » . وإن صح هذا القول يصبح الإختصاص القائم على فكرة تلافى إنكار العدالة مقيدا بمواد الأحوال الشخصية دون غيرها ، وهى نتيجة موسفة نظرا لكون الإعتبارات التى يقوم عليها ضابط الإختصاص الوارد بالمادة ٣٠/٧ تعبر عن مبدأ عام لا يصح أن يكون حكرا على مواد الأحوال الشخصية دون غيرها .

ولهذا نفضل القول مع ذلك باختصاص المحاكم المصرية بدعاوى الأحوال العينية التى يكون المدعى فيها مصريا أو أجنبيا متوطنا فى مصر مادام أنه لا توجد محكمة أخرى مختصة بالفصل فى النزاع . ويؤيد هذا الحل أنه تعبير عن مبدأ عام تقتضيه إعتبارات العدالة وتعترف به الكثير من دول العالم .

أما عن نص الفقرة السابعة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات فيمكن القول بأن تطبيقه مناط بدعاوى الأحوال الشخصية ، بحيث يكفى لإختصاص المحاكم المصرية بالدعوى فى هذه الحالة الأخيرة أن يكون المدعى مصريا أو أجنبيا متوطنا فى مصر وألا يكون للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج .

أما فى خارج نطاق دعاوى الأحوال الشخصية فلا يكفى لإختصاص المحاكم المصرية أن يكون المدعى مصريا أو أجنبيا متوطنا فى مصر وألا يكون للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج ، بل يشترط فوق ذلك ألا تكون هناك محكمة أخرى مختصة بالدعوى على أساس ضابط آخر غير ضابط موطن المدعى عليه .

ويمكن تفسير التفرقة السابقة بين دعاوى الأحوال الشخصية وغيرها

يكون عدم وجود موطن معروف للمدعى عليه فى الخارج بالنسبةلدعاوى الأحوال العينية لا يمنع عادة من إختصاص محكمة أخرى بمثل هذه الدعاوى مثل محكمة دولة موقع المال أو محل الإلتزام مما تنتفى معه حكمة إختصاص المحاكم المصرية فى هذه الفروض وهى تلافى إنكار العدالة .

و نشير فى النهاية إلى أن إشتراط أن يكون المدعى مصرياً أو أجنبياً متوطنا فى مصر فى جميع الأحوال وسواء فى مواد الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية له ما يبرره . إذ فى هذه الفروض بالذات تبدو أهمية الإعتبارات التى يقوم عليها الإختصاص بالدعوى ومدى تعلقها بالعدالة والنظام العام فى الإقليم . فلا شك أن ترك المدعى الوطنى أو الأجنبى المتوطن فى مصر دون محكمة يلجأ إليها لاقتضاء حقه هو أمر يتعارض مع واجب الدولة فى توفير العدالة لمواطنيها وللمتوطنين فيها صيانة للأمن والسكينة فى الإقليم .

وغنى عن البيان أن إختصاص المحاكم المصرية فى دعاوى الأحوال الشخصية والقائم على الجنسية المصرية للمدعى أو على توطنه فى مصر فيما لو لم يكن للمدعى عليه موطن معروف لا يخل بقاعدة إختصاص محكمة موقع العقار بجميع الدعاوى المتعلقة به . وعلى ذلك فاذا تعلق النزاع بعقار كائن فى الخارج فلا تختص المحاكم المصرية بالدعوى حتى لو كان المدعى مصرى الجنسية أو أجنبيا متوطنا فى مصر ولم يكن للمدعى عليه موطن معروف . ويرجع هذا الحل إلى مبدأ قوة النفاذ على نحو ما رأينا من قبل . كما أنه يمكن القول بأن وجود العقار فى الخارج يعنى أن هناك ثمة محكمة مختصة بالنزاع المتعلق به مما تنتفى معه حكمة الإختصاص القائم على فكرة تلافى إنكار العدالة والذى تضمنته الفقرة السابعة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات .

ب ـ الاختصاص القائم على فكرة أن القانون المصرى هو الواجب التطبيق فى الدعوى

تختص المحاكم المصرية بالدعوى وفقاً للفقرة السابعة من المادة ٣٠ أيضا فيما لو كان المدعى مصرى الجنسية أو أجنبيا متوطنا فى مصر وذلك فيما لو كان القانون الوطنى هو الواجب التطبيق فى الدعوى . ولا يهم بعد ذلك أن يكون للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج من عدمه .

ويقوم هذا الحل فى رأى الفقه المصرى على أساس أن محاكم الدولة هى الأقدر على كفالة تطبيق قانونها وهو « وان كان أساساً منكورا فى مسائل الأحوال العينية إلا أنه له وجاهته وأهميته فى مسائل الأحوال الشخصية »(١) .

وقد تأثر المشرع المصرى فى ذلك على ما يبدو برأى جانب من الفقه الفرنسى والذى يرى ان اختصاص القضاء هناك فى مسائل الأحوال الشخصية للفرنسيين يقوم على أساس ان المحاكم الفرنسية هى الأقدر على كفالة تطبيق القانون الفرنسى الواجب التطبيق على موضوع الدعوى فى هذا الفرض وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية (٢) .

والواقع ان القضاء الفرنسى وان كان قد إنتهى إلى تأكيد إختصاصه بالمنازعات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية للفرنسيين (ولو كانوا متوطنين فى الخارج) ، فهو قد توصل الى هذه النتيجة عن طريق التفسير الموسع للمادتين ١٤ ، ١٥ من القانون المدنى الفرنسى . فرغم ان المستفاد من ظاهر نص هاتين المادتين ان المحاكم الفرنسية تختص بالدعوى اذا كان أى من

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٥٥ والطبعة السادسة ص ٦٨٥ .

(٢) راجع Niboyet السابق رقم ١٧٤٧ ، ١٨٣٦ .

المدعى أو المدعى عليه فرنسى الجنسية وكان النزاع متعلقا بالتزاماتها التعاقدية، إلا أن القضاء قد توسع فى تفسير النصين سالفى الذكر وقضى باختصاصه حتى لو تعلق النزاع بمواد الأحوال الشخصية (١) . ولعل من بين الإعتبارات التى دفعت القضاء الفرنسى إلى الأخذ بهذا الحل ان القانون الفرنسى هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع فى هذه الحالة الأخيرة وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية . ومع ذلك يظل اختصاص المحاكم الفرنسية بالدعوى قائم على التفسير الموسع للمادتين ١٤ ، ١٥ من القانون المدنى وليس على مجرد ان القانون الفرنسى هو الواجب التطبيق على موضوع الدعوى (٢) . فقد رأينا ان الأصل هو ان الإختصاص التشريعى لا يجلب فى ذاته الإختصاص القضائى . فمشكلة الإختصاص القضائى هى مشكلة أولية يتعين الفصل فيها قبل البت فى مسألة القانون الواجب التطبيق . وإذا كان من المتصور ان يتلازم كل من الإختصاص القضائى والإختصاص التشريعى فى بعض الفروض الاستثنائية فان مرد ذلك هو تطابق الإعتبارات التى يقوم عليها كل من الإختصاصين (٣) .

ولذا يبدو لنا ان الحكم الوارد فى الفقرة السابعة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات غريب عن المبادىء العامة فى الإختصاص القضائى الدولى . فهو مثال استثنائى لفرض يعتبر فيه الاختصاص التشريعى للقانون الوطنى مجلبا للإختصاص القضائى لمحاكم الدولة بصفة مباشرة ، وهو ما يقتضى ان يتحرى القاضى عن القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى قبل أن يفصل فى مسألة إختصاصه بنظرها خلافا للمبادىء العامة (٤) .

---

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٦٨٧ و Bauer رقم ٦٤ .

(٢) راجع رسالة Bauer السابق الإشارة إليها رقم ١٠١ وما بعده وأنظر مع ذلك Françescakis, la compétence judiciaire internationale p. 436 .

(٣) راجع ما قبله رقم ٦ .

(٤) وهناك حكما منعزلا لمحكمة Weldshut الألمانية علقت فيه إختصاصها على شرط أن يكون القانون الألمانى هو الواجب التطبيق على عقد الزواج — راجع نقد هذا الحكم فى رسالة Bauer رقم ١٠١ وما بعده .

ومهما كان الأمر فان هذا الإتجاه الإستثنائى يتعلق بمواد الأحـــوال الشخصية دون غيرها . وتبدو أهميته « بالنظر إلى حكم المادة ١٤ /مدنى التى تجعل القانون المصرى وحده هو الواجب التطبيق فى الزواج والطلاق والتطليق والتفريق كلما كان أحد الزوجين مصريا وقت إنعقاد الزواج فيما عدا شرط الأهلية فى الزواج » (١) . ويبدو أن هذا هو الاعتبار الذى كان فى ذهن الشارع حينما وضع نص الفقرة السابعة من المادة ٣٠ منقانون المرافعات .

٣٤ — الثالث عشر : الاختصاص القائم على فكرة الخضوع الاختيارى

أشرنا خلال دراستنا للمبادىء العامة فى الإختصاص القضائى الدولى أن فكرة الخضوع الإختيارى تعد ضابطا للإختصاص الدولى للمحاكم فى معظم دول العالم . وأوضحنا التفرقة بين أساس إعمال هذا المبدأ فى المجال الدولى وبين أساسه التقليدى وفقاً للقواعد العامة فى المرافعات الداخلية . وإنتهينا من كل ذلك إلى نتيجة هامة وهى أنه من المتعين ان يكون هناك ثمة إرتباط بين النزاع الذى خضع الخصوم فيه باختيارهم للمحاكم الوطنية وبين إقليم الدولة (٢) .

وقد نص المشرع على مبدأ الخضوع الإختيارى كسبب من أسباب إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى فى المادة ٣٢ من قانون المرافعات والتى تقضى بأنه « تختص محاكم الجمهورية بالفصل فى الدعوى ولو لم تكن داخله فى إختصاصها طبقاً للمواد السابقة اذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا » . وقد كانت المادة ٨٦٢ من قانون المرافعات القديم تنص بدورها على هذا المبدأ . ورغم ورود هذا النص الأخير فى الباب الرابع من القانون الملغى

(١) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٥١ والطبعة السادسة ص ٦٨٥ .

(٢) راجع ما قبله رقم ١٨ .

والخاص بمواد الأحوال الشخصية . إلا أننا قد أكدنا فى ذلك الوقت وجوب إمتداد تطبيق النص الى مواد الأحوال العينية أيضاً لكونه يستجيب إلى قاعدة عامة لا تعد حكراً على مسائل الأحوال الشخصية دون غيرها (١) .

وقد أحسن المشرع المصرى فى القانون الجديد بعدم تفرقته بين مواد الأحوال العينية ومواد الأحوال الشخصية فى شأن القواعد العـــــامة فى الإختصاص على نحو ما رأينا . فقد جاء نص المادة ٣٢ من قانون المرافعات متضمنا مبدأ الخضوع الإختيارى كضابط لاختصاص المحاكم المصرية دون تفرقة بين مواد الأحوال العينية ومواد الأحوال الشخصية .

ولعل أهم ما يلاحظ على نص المادة ٣٢ أنه قد سوى بين الخضوع الإختيارى الصريح والخضوع الضمنى متلافيا بذلك النقد الجارح الذىوجهه

---

(١) راجع دروسنا فى تنازع الإختصاص القضائى الدولى . السابق الإشارة إليها رقم ٢٦ — وقد انتهى جانب آخر من الفقه المصرى الى نفس هذا الحل فى ظل القانون القديم لا على أساس امتداد تطبيق نص المادة ٨٦٢ إلى مواد الأحوال العينية ، ولكن لكون هذا النص « يكشف عن نية المشرع فى التسليم بقاعدة الخضوع الاختيارى كأساس عام للاختصاص الدولى للمحاكم المصرية » . راجع فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢٤ . وقد كان القضاء المختلط يأخذ بفكرة الخضوع الإختيارى قبل صدور قانون المرافعات القديم (لسنة ١٩٤٩) ورغم ان المادتين ١٣ ، ١٤ من القانون المدنى المختلط لم تنصا على امكان عقد الإختصاص للمحاكم المختلطة فى ذلك الوقت على اساس الخضوع الإختيارى . وبناء على ذلك قضى فى مواد الأحوال العينية باعتبار رفع الدعوى من جانب المدعى دليلا على قبوله لإختصاص المحاكم المصرية . راجع استئناف مختلط ٢٩ مايو ١٩٠١ مشارا إليه فى عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢٥ . ومن ناحية أخرى حكم بأنه « اذا تمسك المدعى عليه بالدفع بعدم اختصاص المحاكم المصرية وجب على المحكمة أن تجيبه الى طلبه » ، مما مفاده — أخذا بمفهوم المخالفة — انه إذا لم يتمسك المدعى عليه بالدفع فليس هناك ما يمنع المحكمة من السير فى الدعوى على أساس ان سكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص يفيد رضاء بالخضوع لولاية القضاء المصرى . راجع استئناف مختلط ٤ يناير ١٩٣٩ مشارا إليه فى المرجع السابق ص ٥٢٥ هامش (٤) .

الفقه إلى المادة ٨٦٢ من القانون القديم (١) . فقد كان مؤدى عدم الاعتداد بالقبول الضمني أخذا بظاهر النص ان يستطيع الخصم التمسك بالدفع بعدم الإختصاص بعد الترافع فى موضوع الدعوى ، بل وبعد ان تقطع المحكمة فيها « شوطا كبيرا يوصلها الى الحكم فى الدعوى ثم يفاجئها المدعى عليه بالدفع بعدم الإختصاص فيضيع وقتها سدى » (٢) .

أما وفقاً للحكم الوارد بالمادة ٣٢ من قانون المرافعات الجديد فان الخضوع الاختيارى يمكن ان يكون صريحاً ، كما يتصور أن يكون ضمنيا كما لو سكت المدعى عليه عن التمسك بعدم إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى وترافع فى الموضوع مباشرة .

ويشير البعض الى أن سكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص لا يعنى فى جميع الأحوال رضاءه بالخضوع لولاية القضاء الوطنى . اذ قد يكون سكوته عن الدفع بعدم الاختصاص وترافعه فى الموضوع مباشرة

---

(١) وتنص المادة ٨٦٢ من قانون المرافعات الملغى على انه « يجوز للمحكمة المصرية ان تحكم فى الدعوى ولو لم تكن داخلة فى إختصاصها طبقاً للمواد السابقة اذا قبل المدعى عليه السير فيها صراحة » . وقد حاول جانب من الفقه المصرى فى ظل القانون القديم ان يجعل هذا الحكم استثناء خاصاً بدعاوى الأحوال الشخصية (الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢٤). والواقع انه من العسير ان نسلم بهذا الحكم حتى فى مجال الأحوال الشخصية لأنه من الغريب ان يستلزم الشارع ان يكون الخضوع الاختيارى للمحاكم المصرية صريحا مادام أن الأصل هو التسوية بين القبول الصريح والقبول الضمنى . ويبدو ان الفقه السابق قد آمن بغرابة هذا الوضع حتى فى مواد الأحوال الشخصية فعاد مقرراً — وبحق — بأنه من المتعين فى هذا المجال « ان تحمل عبارة (اذا قبل المدعى عليه السير فى الدعوى صراحة) على معنى اذا قبل المدعى عليه اختصاص المحاكم المصرية قبولا قاطعاً لاشك فيه » راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص٥٧٣. وأنظر فى نقد موقف المشرع فى المادة ٨٦٢ من قانون المرافعات الملغى . دروسنا فى تنازع الاختصاص السابق الاشارة إليها ص ٥٨ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٧٣ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعه الثانية ص ٥٧٣ .

راجع لرغبته مثلا فى تجنب الحجز على أمواله (١) . ولا شك ان ارادة المدعى عليه ليست حرة تماما حينما يسكت عن الدفع بعدم الاختصاص فى مثل هـذا الفرض (٢) .

ولنفس هذه الاعتبارات فقد مضت الاشارة الى أنه لا يجوز للمحكمة ان تستخلص من تحديد المدعى عليه لمصر موطنا مختارا له أى دلالة على قبوله للخضوع لولاية محاكمها،اذا كان هذا التحديد قد جاء فى ظروف يستدل منها ان المدعى لم يرغب من ورائه سوى ان تكون مصر مكانا مختارا لإعلانه بالإخطارات المتعلقة بالتزاماته مع الغير،أو لمجرد اختيارها كمكان للوفاء بالمبالغ المستحقة له (٣) .

وبديهى ان غياب المدعى عليه لا يمكن ان يحمل على أنه رضاء منه بالخضوع الاختيارى للقضاء الوطنى . وقد تبنى المشرع المصرى هـذا الحل ، والذى يأخذ به كل من الفقه والقضاء فى فرنسا (٤) ، فنص فى المادة ٣٥ من قانون المرافعات على أنه « اذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة طبقاً للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم إختصاصها

---

(١) ويلاحظ ان المحاكم المصرية قد لا تختص بالدعوى رغم وجود مال للمدعى عليه فيها ، اذ يتعين لاختصاص المحاكم المصرية كما رأينا ان يكون المال الموجود فى مصر محلا للإلتزام الذى أثير بشأنه النزاع .

(٢) وقد أخذ القضاء الفرنسى بهذا النظر فى مسألة قريبة وهى مدى الاعتداد بخضوع المدعى عليه للقضاء الأجنبى كتعبير عن تنازله عن ولاية المحاكم الفرنسية . فقد اشترط القضاء لامكان استخلاص هذا التنازل ان يكون خضوع المدعى عليه للقضاء الأجنبى اختياريا وليس نتيجة لظروف ملحة ترجع للضرورة أو للصفة العاجلة للنزاع . راجع فى عرض هذا القضاء Tallon فى رسالتها رقم ٢٦٠ ، ٢٧١ .

(٣) راجع ما قبله ص ٨٣ .

(٤) راجع رسالة H.G. Tallon السابق الاشارة إليها رقم ٢٦٤ .

من تلقاء نفسها » (١) .

يبقى لنا فى النهاية ان نؤكد ما مضت الإشارة إليه خلال دراستنا للمبادىء العامة من ضرورة ان يكون هناك ثمة إرتباط بين النزاع الذى خضع الخصوم فيه باختيارهم للمحاكم المصرية وبين الإقليم .

ولهذا نرى أن من حق المحكمة ان تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها اذا تبينت ان النزاع لا يرتبط باقليم الدولة على أى وجه كان ، تطبيقاً لمبدأ قوة النفاذ ، وتلافيا للإنصياع وراء أهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة (٢) .

---

(١) والمقابلة للمادة ٨٦٧ من قانون المرافعات الملغى .

(٢) راجع ما قبله رقم ١٨ وأنظر رسالة Bauer السابق الاشارة إليها رقم ١٧٨ . حقاً ان صياغة المادة ٨٦٢ من قانون المرافعات القديم كانت تؤيد وجهة النظر التى نقول بها على وجه واضح لا شبهة فيه ، فقد جاء نصها على انه « يجوز للمحاكم المصرية ان تحكم فى الدعوى ولو لم تكن داخله فى اختصاصها . . . الخ » ، مما مفاده ان قبول الخضوع الاختيارى للمحاكم المصرية هى مسألة جوازية متروكة لتقدير المحكمة . ولهذا قررنا فى ظل القانون القديم انه لا يعقل ان يترك تقدير هذه المسألة لتحكم القضاء ، وانما الأقرب الى المنطق هو ان يحمل هذا النص على المعنى الذى قررناه فيكون للقاضى بناء على ذلك ان يحكم بعدم إختصاصه رغم خضوع الخصوم باختيارهم لولاية القضاء المصرى اذا تبين له ان النزاع لا يرتبط بالدولة بأى وجه من الوجوه . راجع دروسنا فى تنازع الاختصاص . السابق الإشارة إليها ص ٦٠ . وقد يقال ان وجهة النظر التى قلنا بها فى ظل القانون القديم لم تعد سائغة بعد صدور قانون المرافعات الجديد. فقد رأينا ان المادة ٣٢ من هذا القانون والمتعلقة بالخضوع الاختيارى تنص على انه « تختص محاكم الجمهورية بالفصل فى الدعوى ولو لم تكن داخلة فى اختصاصها . . . الخ » . فكأن نص المادة ٣٢ لم يترك للقضاء تقدير مدى اختصاصه بنظر الدعوى مادام أن الخصوم قد اتفقوا على الخضوع لولايته . ومع ذلك فنحن نعتقد ان من حق القاضى ان يتخلى عن نظر الدعوى فى حالة عدم ارتباطها بالاقليم للأسباب التى أوضحناها فى المتن . أما عن صياغة المادة ٣٢ من قانون المرافعات الجديد فهى لا تنهض وحدها سببا كافيا لإهدار سلطة القاضى فى تقدير مدى اختصاصه بالدعوى فى حالة الخضوع الاختيارى . ولا أدل على ذلك من اتفاق الفقه الراجح فى ظل القانون القديم على تأكيد عدم اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المتعلقة بعقار واقع فى الخارج ولو كان =

وغنى عن البيان انه يتعين على المحكمة ان تقضى بعدم إختصاصها اذا تعلقت الدعوى بعقار كائن فى دولة أجنبية، رغم خضوع الخصوم اختياريا لولايتها، وحتى لو كانت هناك ثمة رابطة بين النزاع وبين الإقليم . ويرجع هذا الحل الى نفس الإعتبارات التى أشرنا إليها عند دراسة حدود الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية القائم على توطن المدعى عليه فى مصر (١) .

٣٥ — الرابع عشر: الاختصاص بالاجراءات الوقتية والتحفظية واجراءات التنفيذ الجبرى

مضت الإشارة إلى ان إختصاص محاكم الدولة بالإجراءات الوقتية والتحفظية — رغم عدم إختصاصها بالدعوى الأصلية — يعد من المبادىء المعترف بها فى مختلف دول العالم . فهو مبدأ تقتضيه العدالة وحماية الحقوق والأموال المتنازع عليها ، وكلها اعتبارات تمس الأمن والسكينة فى الإقليم .

وقد استجاب المشرع المصرى لهذا المبدأ فنص فى المادة ٣٤ من قانون المرافعات الجديد على أنه « تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالاجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية » .

= المدعى عليه متوطنا فى مصر ، رغم عدم وجود نص صريح يقضى بهذا المعنى . بل على العكس فقد كان مفاد ظاهر النصوص هو اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى مادام ان المدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر بصرف النظر عن مدى تعلق النزاع بعقار كائن فى الخارج من عدمه . راجع دروسنا فى تنازع الاختصاص السابق الاشارة اليها ص ٤٦ وما بعدها . ومهما كان الأمر فقد كنا نأمل ان يؤكد المشرع حق القضاء فى التخلى عن الدعوى فى حالة عدم ارتباطها بالاقليم ولو اتفق الخصوم على الخضوع لولايته ، وهو المعنى الذى أكدته المادة ١٥ من مشروع اتفاقية الخضوع الاختيارى التى أقرها الحاضرون فى الدورة العاشرة من مؤتمر لاهاى سنة ١٩٦٤ . راجع نصوص المشروع منشورة فى Rev. crit ١٩٦٤ ص ٨٢٩ .

(١) راجع ما قبله ص ٨٦ وما بعدها وأنظر الاتجاه الفرنسى المماثل فى رسالة Tallon رقم ٣٤٢ .

والنص السابق منقول عن المادة ٨٦٣ من قانون المرافعات القديم . ورغم ان هذا النص الأخير كان وارداً فى الباب الرابع الخاص بمواد الأحوال الشخصية ، إلا أننا قد إعتبرناه فى ذلك الوقت تعبيرا عن مبدأ عام واجب الإتباع حتى فى مواد الأحوال العينية ، وهو ما أيده المشرع فى القانون الجديد (١) .

وتختص المحاكم المصرية بناء على نص المادة ٣٤ بطلب وضع الأختام والحراسة،وبيع ما يخشى عليه من التلف،وغير ذلك من التدابير المقصود بها المحافظة على الحقوق مثل تقرير النفقة الوقتية للزوجة أو للأقارب أوللمصاب فى دعوى التعويض الناشئة من الفعل الضار (٢) .

وإذا كان نص المادة ٣٤ قد أكد اختصاص المحاكم المصرية بالتدابير الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى مصر حتى ولو لم تكن هذه المحاكم مختصة بالفصل فى الدعوى الأصلية ، فان النص السابق ينطبق من باب أولى فيما لو كانت الدعوى الأصلية داخلة فى اختصاص القضاء المصرى . اذ يمكن القول فى هذه الحالة ان الإجراء الوقتى المطلوب إتخاذه هو تمهيد للدعوى المزمع رفعها أمام القضاء المصرى ان لم تكن قد رفعت أو أنه طلبا عارضاً فى هذه الدعوى ان كانت قد رفعت بالفعل (٣) .

وكما تختص المحاكم المصرية بالإجراءات الوقتية والتحفظية ، فانها تختص أيضاً — ولذات الحكمة — باجراءات التنفيذ الجبرى المراد إتخاذها فى مصر .

---

(١) راجع دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى رقم ٢٧ وراجع الحل المماثل فى فرنسا Batiffol المطول رقم ٦٩٨ و Bauer رقم ١٠٩ .

(٢) راجع الدكتور محمد كمال فهمى . المرجع السابق رقم ٤٩٧ .

(٣) راجع فى هذا المعنى الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥١٧ والطبعة السادسة ص ٧٢٢ .

ذلك ان اختصاص المحاكم المصرية فى هذه الحالة هو أمر تقتضيه إعتبارات الملاءمة والسكينة فى الاقليم (١) .

ولذات الإعتبارات فقد آمن الفقه باختصاص المحاكم المصرية بنظرالدعوى المبتدأة التى يرفعها من صدر حكم أجنبى لصالحه فيما لو رفض القضاءالمصرى تنفيذ الحكم فى مصر ، وحتى ولو لم تكن المحاكم المصرية مختصة بالدعوى بناء على أى من الضوابط التى مضت الإشارة إليها (٢) .

٣٦ — الخامس عشر : الاختصاص فى حالة الارتباط وتعدد المدعى عليهم

ا — الاختصاص فى حالة الارتباط

مضت الاشارة إلى ان معظم دول العالم تسلم باختصاص محاكمها بالدعوى المرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة أمامها ، ولو لم تكن الدعوى المرتبطة مما يدخل فى ولايتها أصلا (٣) .

وقد إستجاب المشرع المصرى بدوره إلى هذا المبدأ فنص فى المادة ٣٣ من قانون المرافعات الجديد على أنه « اذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة فى اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل فى . . . . كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة ان ينظر معها » .

والنص السابق منقول عن المادة ٨٦٤ من القانون القديم . ورغم ان النص الأخير كان وارداً بالباب الرابع الخاص بمواد الأحوال الشخصية ، إلا

---

(١) راجع Batiffol المطول ص ٧٧٦ والدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٧٢٢ ، ٧٢٣ .

(٢) راجع الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٣٤ .

(٣) راجع ما قبله رقم ٢٠ .

أننا لم نتردد فى تأكيد اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المرتبطة فى ذلك الوقت دون تفرقة بين مواد الأحوال الشخصية ومواد الأحوال العينية(١). فاختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المرتبطة يستجيب الى مبدأ عام . ويرجع هذا الحل إلى إعتبارات حسن سير العدالة ومنع تضارب الأحكام ، وكلها أمور يجب ان تكون محلا للاعتبار بصرف النظر عن نوع الدعوى . ولهذا فقد آمن الفقه المصرى بهذه القاعدة (٢) ، كما أكدها كل من الفقه والقضاء فى فرنسا (٣) .

ويقوم الإرتباط على أساس وحدة موضوع الدعوى أو سببها أو أطرافها. بل وقد يقوم الإرتباط — وفقاً لما إستقر عليه فقه المرافعات — فى غير هذه الأحوال ، كما لو كان بين الدعويين صلة وثيقة تجعل من حسن سير العدالة الحكم فيهما معاً (٤) . وهى بعد مسألة موضوعية تخضع — حسبما تواتر عليه القضاء فى كل من فرنسا ومصر — لمطلق تقدير محكمة الموضوع (٥) .

وغنى عن البيان انه اذا كانت المحاكم المصرية تختص بالدعاوى المرتبطة ولو لم تكن داخلة فى إختصاصها أصلا فانه يرد على هذا المبدأ إستثناء هام .

---

(١) راجع دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى . رقم ٢٩ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢١ والطبعة السادسة رقم ١٩٤ والدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٤٨ .

(٣) راجع Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٨٤٣ و Batiffol رقم ٧٠١ .

(٤) راجع Morel المرجع السابق رقم ٢٨٣ والدكتور جميل الشرقاوى . السابق ص ١٤٩ . والدكتور أحمد أبو الوفا . نظرية الدفوع فى قانون المرافعات . الاسكندرية ١٩٥٤ ص ٩٧ وما بعدها .

(٥) نقض فرنسى ٨ ديسمبر ١٩٣٨ مشار إليه فى Morel السابق ص ٢٤٣ ونقض مصرى ٧ يوليو ١٩٦٤ منشور بمجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية الصادرة من المكتب الفنى لمحكمة النقض س ١٥ قاعدة ١٤٣ ص ٩٤٧ .

فلا يجوز للمحاكم المصرية ان تنظر فى الدعاوى المتعلقة بعقار كائن فى الخارج ولو كانت مرتبطة بدعوى أصلية مما يدخل فى إختصاصها أصلا .

ونذكر فى النهاية بما مضت الإشارة إليه أثناء دراستنا للمبادىء العـامة من أنه اذا كان الإرتباط يجلب الإختصاص لمحاكم الدولة بدعاوى لم تكن تدخل فى ولايتها أصلا ، فان غالبية الدول ترفض — على العكس — ان يكون الإرتباط سببا فى سلب إختصاص المحاكم الوطنية (١) .

وتطبيقاً لنفس هذه الأفكار يرى الفقه المصرى فى مجموعه أنه لا يجوز للمحاكم المصرية قبول الدفع باحالة الدعوى الى محكمة أجنبية على أساس إرتباطها بنزاع أصلى قائم أمام هذه الأخيرة مادام أن الدعوى المرتبطة تخضع لولاية القضاء المصرى وفقاً لضابط من ضوابط الاختصاص الدولى المنصوص عليها فى قانون المرافعات (٢) . فاعمال الدفع بالارتباط فى هذه الحالة « يفترض وجود سلطة عليا فوق سلطة الدولة تتولى توزيع ولاية القضاء بين محاكم الدول المختلفة ، كما أن القول بوجوب تلافى التعارض بين الأحكام — وهو العلة فى مبدأ إمتداد ولاية المحكمة إلى الدعاوى المرتبطة — لا محل له هنا لأن الحكم الأجنبى لا يكون قابلا للتنفيذ فى مصر متى كان متعارضاً مع حكم صادر من المحاكم المصرية » . (٣)

ونحن نرى مع ذلك أنه ليس هناك ما يمنع المحاكم المصرية من قبـول الدفع بالاحالة للإرتباط اذا تبين لها ان المحكمة الأجنبية التى تنظر فى الدعوى

---

(١) راجع Niboyet المطول ج ٦ ص ٤٦٥ .

(٢) الدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٤٨ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢١ ، ٥٢٢ والطبعة السادسة ص ٧٢٨ ، ٧٢٩ .

(٣) الدكتور محمد كمال فهمى . المرجع السابق .

الأصلية أكثر قدرة على الفصل فى الدعوى المرتبطة وأقدر من غيرها على كفالة آثار الحكم الصادر فى شأنها .

ويعد ذلك تطبيقاً موسعاً للمبادىء العامة فى الإختصاص الداخلى نهدف به الى تجنب التناقض بين الأحكام (١) . حقاً ان تجنب هذا التناقض هو أمر مكفول دائماً فى مصر لأن القضاء لن يسمح بتنفيذ حكم أجنبى يتعارض مع حكم صادر عن المحاكم المصرية على نحو ما سنرى فيما بعد . ومع ذلك فان هذا الوضع لا ينفى وجود التعارض الفعلى بين الحكمين على وجه قد لا يستقيم مع الإستقرار اللازم للمعاملات الدولية .

ومن جهة أخرى فاذا كان الحكم الصادر عن المحاكم المصرية فى الدعوى المرتبطة واجب التنفيذ فى الدولة التى تختص محاكمها بنظر الدعوى الأصلية ، كما لو كانت أموال المدعى عليه كائنة فيها ، ففى هذه الحالة فان الدولة الأجنبية سوف ترفض بالمثل تنفيذ الحكم المصرى ان كان متعارضاً مع الحكم الصادر من محاكمها . وتبدو فى هذا الفرض فائدة الحل الذى نقول به حيث كان من الأوفق ان يقبل القضاء المصرى الدفع باحالة الدعوى المرتبطة إلى المحكمة الأجنبية المختصة بنظر الدعوى الأصلية مادامت هذه الأخيرة أقدر على كفالة آثار الحكم الصادر عنها بدلا من اصدار حكم وطنى يعلم مقدما أنه لن يلقى حظه من التنفيذ الفعلى ، وهو الأمر الذى يتعارض فى النهاية مع مبدأ قوة النفاذ .

ولنفس هذه الأسباب فنحن لا نجيز للمحاكم المصرية قبول الدفع بالإرتباط فى الأحوال السابقة فقط ، بل نخول لها فوق ذلك حق إحالة

---

(١) راجع المادة ١٠٨ من قانون المرافعات الجديد .

الخصوم من تلقاء نفسها إلى المحكمة الأجنبية التى تنظر فى الدعوى الأصلية ما دام أنه قد تبين أنها قادرة على كفالة آثار الحكم الذى سيصدر عنها .

وليس فى الحل الذى إنتهينا اليه أى غرابة . فالقضاء الانجليزى مثلا لم يكتف بتأكيد الاتجاه السالف ، بل انه أجاز التخلى عن الدعوى فى جميع الأحوال — ولو لم تكن مرتبطة بنزاع قائم فى الخارج — اذا تبين له ان المحاكم الأجنبية أقدر على الفصل فى النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه (١) .

ب — الاختصاص فى حالة تعدد المدعى عليهم

حرص المشرع فى الفقرة التاسعة من المادة ٣٠ على إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المقامة على المدعى عليهم المتعددين ما دام أن لأحدهم موطن أو محل إقامة فى الجمهورية (٢) .

ويعدهذا المبدأ ترديدا للقواعد العامة فى الاختصاص المحلى(٣). والواقع ان الاختصاص القائم على فكرة تعدد المدعى عليهم ليس فى حقيقته سوى صورة من صور الإرتباط المنصوص عليها بالمادة ٣٣ من قانون المرافعات .

ولهذا السبب يشترط الفقه لانعقاد اختصاص المحاكم المصرية فى هذه الحالة ان يكون هناك ثمة إرتباط بين الطلبات الموجهة الى المدعى عليهم ، أى ان يكون موضوعها واحدا كما هو الشأن بالنسبة للدعوى المرفوعة على المسئولين عن فعل ضار أو على مدينين بدين واحد . ومتى تحقق هـذا

---

(١) راجع Gutteridge فى بحثه السابق الاشارة اليه ص ١٦٢ وما بعدها .

(٢) والنص مأخوذ عن الفقرة الرابعة من المادة ٣ من قانون المرافعات القديم .

(٣) راجع المادة ٢/٤٩ من قانون المرافعات الجديد والمادة ٢/٥٥ من القانون القديم .

الشرط فلا يهم بعد ذلك أن يكون هناك وحدة فى السبب الذى تستند عليه هذه الطلبات (١) .

ومن ناحية أخرى يشترط الفقه ان يكون المدعى عليه المتوطن أو المقيم فى مصر قد أختصم أمام المحاكم المصرية بصفة أصلية حتى يمكن إختصام غيره من المدعى عليهم أمامها بناء على المادة ٣٣ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة للفقرة الرابعة من المادة ٣ من القانون القديم (٢) .

وهذه هى نفس النتيجة التى إنتهى إليها فقه قانون المرافعات تفسيرا للمادة ٥٥/٢ من القانون القديم والمادة ٤٩/٢ من القانون الجديد . اذ يشترط عند إعمال هذه المادة ألا يكون المدعى عليه الذى رفعت الدعوى أمام محكمة موطنه قد اختصم بصفة إحتياطية كما لو كان مجرد ضامن أو كفيل . ففى هذه الحالة لايجوز إختصام غيره من المدعى عليهم أمام محكمة موطنه (٣) .

وبديهى انه يتعين ان يكون المدعى عليه المتوطن أو المقيم فى مصر قد اختصم اختصاما حقيقيا وليس مجرد اختصام صورى بغية استدراج باقى المدعى عليهم أمام المحاكم المصرية . (٤) اذ « لا يمكن ان نرتب على ذلك إختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للمدعى عليهم الآخرين طالما كان إختصام

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥١٩ والطبعة السادسة ٧٢٥ والدكتور جميل الشرقاوى ص ١١٣ والدكتور أحمد أبو الوفا . التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات . المجلد الأول . الأسكندرية ١٩٦٩ ص ١٨٩ .

(٢) راجع الدكتور محمد كمال فهمى ص ٤٩٦ والدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٧٢٥ .

(٣) راجع الدكتور جميل الشرقاوى . السابق . ص ١١٣ وأنظر بالنسبة للقانون الجديد . الدكتور أحمد أبو الوفا . التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ص ١٩٧ .

(٤) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥١٩ والطبعة السادسة ص ٧٢٥ والدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٤١ .

المدعى عليه المتوطن أو الساكن (المقيم) فى مصر بقصد جلب الآخرين أمام محكمة لا تشملهم ولايتها » (١) .

ولا يثير اختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة تعدد المدعى عليهم أى صعوبة فيما لو كان أحدهم متوطن أو مقيم فى مصر ، وإنما تثور الصعوبة اذا كانت المحاكم المصرية مختصة بناء على ضابط آخر من ضوابط الإختصاص الواردة فى قانون المرافعات .

ويرى البعض أنه يشترط لاختصاص القضاء المصرى القائم على فكرة تعدد المدعى عليهم ان يكون « مبنى ثبوت الاختصاص للمحاكم المصرية هو وجود موطن أو سكن لأحد المدعى عليهم فى مصر . فاذا اختصت المحاكم المصرية بالنسبة لأحد المدعى عليهم بناء على قاعدة أخرى . . . . فانه لايمكن ان يترتب على ذلك اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لسائر المدعى عليهم ولا يسلبهم هذا حقهم فى الدفع بعدم إختصاص المحاكم المصرية » (٢) .

ونحن نعتقد مع البعض الآخر أنه لو كان القضاء المصرى مختصاً بالنسبة لأحد المدعى عليهم بناء على أحد الضوابط الأخرى المشار إليها فى قانون المرافعات فليس هناك ما يمنع كقاعدة عامة من اختصاصه أيضاً بالنسبة لسائر المدعى عليهم .

فاذا كان المدعى عليهم أجانب ليس لأيهم موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وكانت المحاكم المصرية مختصة مع ذلك بنظر الدعوى بناء على أحد الضوابط الأخرى المنصوص عليها فى قانون المرافعات كما

---

(١) الدكتور محمد كمال فهمى ص٤٩٧ . وراجع الحل المماثل فى الاختصاص الداخلى الدكتور جميل الشرقاوى ص ١١٣ . وبالنسبة للقانون الجديد : الدكتور أحمد أبو الوفا . المرجع السابق ص ١٩٧ وما بعدها .

(٢) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٤٩٦ وراجع الاتجاه المماثل فى الاختصاص الداخلى (المحلى) الدكتور جميل الشرقاوى ص ١١٣ هامش (١) وبالنسبة القانون الجديد الدكتور أحمد أبو الوفا . السابق ص ١٩٨ .

لو كان العقد محل النزاع قد أبرم فى مصر أو كانت الأموال المتنازع عليها موجودة فيها فانه من العسير فى هذه الحالة « تصور ان تكون المحاكم المصرية مختصة بالدعوى بالنسبة لأحد المدعى عليهم دون الباقين ما دام تعدد المدعى عليهم يستلزم وحده موضوع الدعوى .... وما دامت ضوابط الإختصاص فى هذه الحالة ضوابط موضوعية تشتق بالنظر إلى موضوع العلاقة القانونية أو إلى سببها » (١) . فقد مضت الإشارة إلى ان أساس الإختصاص القائم على تعدد المدعى عليهم هو فكرة الإرتباط . وعلى ذلك فما دامت الدعوى المرفوعة على أحد المدعى عليهم بناء على أحد ضوابط الاختصاص المشار المشار اليها فى قانون المرافعات مرتبطة بالدعاوى الموجهة الى الآخرين ، فلم يعد هناك ما يمنع القضاء المصرى من نظر هذه الدعاوى الأخيرة على أساس إرتباطها بالدعوى الأولى وفقاً للقواعد العامة (٢) .

ومع ذلك فلا يجوز للمحاكم المصرية ان تنظر فى الدعاوى المرفوعة ضد المدعى عليهم الذين لا يتوافر بالنسبة لهم سبب من أسباب الإختصاص المشار إليها فى قانون المرافعات اذا كان اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المرفوعة ضد أحدهم قائم على مجرد الخضوع الإختيارى . اذ لا يجوز بداهة ان ينسحب رضاء المدعى عليه بالخضوع لولاية المحاكم المصرية إلى باقى المدعى عليهم (٣) .

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢٠ والطبعة السادسة ص ٧٢٦ .

(٢) بل ويرى البعض أن محاكم الجمهورية تختص بالدعوى أيضا اذا تعدد المدعى عليهم وكان أحدهم متمتعا بجنسية الجمهورية العربية المتحدة . راجع فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة . ص ٧٢٦ . ويبدو أن أساس هذا الحل بدوره هو أن تعدد المدعى عليهم لن يتصور الا فى حالة الإرتباط ، وهو ما يصلح فى ذاته سببا لإختصاص المحاكم المصرية بالدعوى على نحو ما رأينا من قبل . راجع ما قبله ص ١٣٣ وما بعدها .

(٣) راجع H.G. Tallon فى رسالتها ص ٢٤٧ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٢٦ والدكتور محمد كمال فهمى ص ٤٩٦ .

ونشير فى النهاية إلى أنه لا يجوز فى حالة تعدد المدعى عليهم أن تنظر المحاكم المصرية فى الدعوى المرفوعة على أحدهم اذا كانت تتعلق بعقار كائن فى دولة أجنبية (١) .

أما بالنسبة لما قرره كل من الفقه الفرنسى والمصرى الغالب من كون مبدأ الاختصاص القائم على فكرة تعدد المدعى عليهم يطبق من جانب واحد . بمعنى أنه يصلح كأساس مجلب لإختصاص للمحاكم الوطنية ولا يجوز ان يكون سببا فى سلب إختصاصها بالدعوى اذا ما توافر سبب من أسباب الاختصاص بها (٢) . فنحن نحيل فى شأنه إلى ما سبق أن قررناه بالنسبة للدعاوى المرتبطة بوجه عام . فليس هناك ما يمنع فى تقديرنا من قبول الدفع باحالة الدعوى الى المحاكم الأجنبية للارتباط القائم على فكرة تعدد المدعى عليهم اذا كانت هذه المحاكم أقدر على تنفيذ الحكم وأكثر كفالة لآثاره .

٣٧ — السادس عشر : الاختصاص بالطلبات العارضة والمسائل الأولية

أ — الاختصاص بالطلبات العارضة

متى كانت المحاكم المصرية مختصة بالنزاع المطروح أمامها، فهى تختص بالمثل بالفصل فى جميع الطلبات العارضة التى تثار أمامها ولو لم تكن مما يدخل فى ولايتها أصلا .

وقد أشارت المادة ٣٣ من قانون المرافعات الجديد الى هذا المعنى فنصت على أنه « اذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة فى إختصاصها تكون

---

(١) وأنظر فى تأييد هذا الحل فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٦٢٧ .

(٢) راجع الدكتور محمد كمال فهمى ص ٤٩٧ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢١ والطبعة السادسة ص ٧٢٧ و Niboyet ج ٦ رقم ١٨٤٢ و Tallon رقم ٤٠٣ .

هذه المحاكم مختصة بالفصل فى المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية . . . » .

وقد كان قانون المرافعات القديم ينص على هذا المبدأ بالمادة ٨٦٤ الواردة بالباب الرابع الخاص بمواد الأحوال الشخصية . ومع ذلك فقد أكدنا فى ظل القانون القديم ان إختصاص المحاكم المصرية بالطلبات العارضة يستجيب إلى مبدأ عام واجب التطبيق حتى فى مواد الأحوال العينية (١) .

والمبدأ الوارد بالمادة ٣٣ من قانون المرافعات هو ترديد للقواعد العامة فى الإختصاص المحلى،حيث تختص المحكمة بالطلبات العارضة من جانب المدعى أو المدعى عليه والمرتبطة بالدعوى المرفوعة أمامها (٢) . كذلك فانه من المبادىء المسلم بها فى قانون المرافعات ان قاضى الدعوى هو قاض الدفع . ومعنى ذلك ان القاضى الذى يختص بالفصل فى الدعوى المطروحة أمامه يختص فى الوقت نفسه بنظر الدفوع التى يثيرها المدعى عليه رداً على دعوى المدعى (٣) .

---

(١) راجع دروسنا فى تنازع الإختصاص القضائى السابق الاشارة إليها ص ٧١ . ويلاحظ ان نص المادة ٨٦٤ من القانون القديم وان أشار صراحة الى الطلبات العارضة التى يثيرها المدعى عليه الا أنه لم يتضمن اختصاص المحاكم المصرية بالطلبات العارضة المقدمة من المدعى . ومع ذلك فقد أكد الفقه المصرى فى ظل القانون القديم ان سكوت المشرع المصرى عن النص على هذه الحالة الأخيرة غير مقصود لأن الحكمة من النص متوافرة فى الحالتين . راجع الدكتور عز الدين عبد الله. الطبعة الثانية ص ٥٦٩ .

(٢) راجع Cuche et Vincent، Procédure civile . المرجع السابق ص ٢٦٥ والدكتور جميل الشرقاوى ص١٣١ وما بعدها . وراجع المادة ٦٠ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة للمادة ٦٧ من القانون القديم .

(٣) راجع Morel المرجع السابق رقم ٢٧٣ والدكتور جميل الشرقاوى ص ١٣٥ .

ولا شك ان إختصاص المحاكم المصرية بالطلبات العارضة من جانب المدعى أو المدعى عليه، أو الدفوع التى قد يثيرها هذا الأخير بمناسبة الدعوى الأصلية المطروحة أمامها، يقوم على نفس الأساس الذى يقوم عليه الإختصاص بالدعاوى المرتبطة ، وهو تمكين القضاء من أداء وظيفته على الوجه الأكمل مراعاة لحسن سير العدالة ومنعاً لتضارب الأحكام (١) .

ب — الاختصاص بالمسائل الأولية

تختص المحاكم المصرية وفقاً للمادة ٣٣ من قانون المرافعات بالمسائل الأولية التى يتعين البت فيها أولا حتى يمكن الفصل فى موضوع النزاع ، حتى ولو لم تكن هذه المسائل مما يدخل فى ولايتها أصلا .

ومن أمثلة المسائل الأولية تحديد جنسية الخصم وموطنه حتى يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق فى الدعوى، أو التأكد من مدى إختصاص المحكمة بنظر النزاع . ومن هذه المسائل أيضاً تصدى القاضى لتفسير قرار إدارى أجنبى اذا كان ذلك أمراً لازما لامكان الفصل فى الدعوى المرفوعة أمامه(٢).

وإختصاص المحاكم المصرية بالمسائل الأولية يعد خروجاً عن المبادىء العامة فى الاختصاص الداخلى . حيث يشترط لإختصاص المحكمة بالمسألة الأولية ألا تكون هذه الأخيرة من إختصاص جهة قضائية أخرى مثل جهة القضاء الإدارى ، إذ لو كانت كذلك لتعين على المحكمة التوقف عن نظر الدعوى ريثما تفصل الجهة القضائية المختصة فى المسألة الأولية التى يتوقف

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٦٩ والطبعة السادسة ٧٢٩ و ٧٣٠ و Lerebours – Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٤٠٠ .

(٢) راجع Bartin مبادىء القانون الدولى الخاص ج ١ رقم ١٤٤ وانظر أحكام القضاء الفرنسى فى هذا المعنى مشاراً إليها فى Batiffol المطول رقم ٧٠١ .

عليها الحكم (١) .

وهذا الخروج عن القواعد العامة تقتضيه طبيعة العلاقات الدولية (٢) ، « حيث يقتضى تمكين القضاء من أداء مهمته ألا يعلق الفصل فى موضوع النزاع الأصلى على ما يتقرر فى شأن المسألة الأولية من محكمة أجنبية لاتخضع لنفس السيادة ولا تربطها بالمحكمة المعروض أمامها النزاع الأصلى أى قواعد خاصة بتوزيع الاختصاص » (٣) .

وإختصاص المحاكم المصرية على الأساس السابق يصدق بالنسبة لكافة المسائل الأولية سواء تعلقت بالمواد المدنية أو التجارية أو الأحوال الشخصية أو كانت من المسائل الإدارية .

وقد سبق للفقه المصرى ان استخلص المبدأ السالف فى ظل القانون القديم من نص المادة ٨٦٤ من هذا القانون ، رغم ان المادة المذكورة لم تشر إلا الى اختصاص المحاكم المصرية بالمسائل الأولية المتعلقة بالأحوال الشخصية . فقد اعتبر الفقه ان اشارة المشرع الى مسائل الأحوال الشخصية لا تعنى إغفال غيرها ، لأن الأمر يتعلق بقاعدة عامة واجبة الإتباع فى جميع الأحوال (٤) .

---

(١) راجع Cuche et Vincent السابق رقم ٢٦٦ و Morel رقم ٢٧٤ والدكتور جميل الشرقاوى ص ١٣٥ وأنظر المادة ١٢٩ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة للمادة ٢٩٣ من القانون القديم .

(٢) Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٤٠٠ .

(٣) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٠١ .

(٤) راجع فى هذا المعنى الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٥٢٣ ودروسنا فى تنازع الاختصاص السابق الإشارة إليها ص ٧٣ .

٣٨ — مدى جواز الدفع باحالة الدعوى الى المحكمة الأجنبية المطروح أمامها ذات النزاع

L'excéption de Litispendence

من المبادىء المعترف بها فى فقه المرافعات أنه اذا رفع نزاع ما أمام محكمتين مختلفتين كلاهما تختص بالنظر فيه وفقاً لقواعد الاختصاص الداخلى، فانه يجوز الدفع باحالة الدعوى التى رفعت متأخرة الى المحكمة التى رفعت اليها الدعوى أولا منعا لتعدد الاجراءات وتناقض الأحكام . ويحدث ذلك عملا فى الأحوال التى يتوفى فيها رافع الدعوى دون أن يعلم وارثه بالدعوى المرفوعة من مورثه ، فيرفع بدوره دعوى أخرى أمام محكمة غير الأولى . اذ من المتصور دائما اختصاص أكثر من محكمة بنزاع واحد كما هو الحال عند تعدد المدعى عليهم حيث تختص محكمة موطن كل منهم بنظر هـذا النزاع (١) .

ورغم حرص المشرع المصرى على تأكيد هذه القاعدة بالنسبة للاختصاص الداخلى(٢) ،الا أنه قد سكت عن النص عليها فى نطاق الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية .

---

(١) راجع الدكتور جميل الشرقاوى السابق ص ١٤٨ والدكتور محمد حامد فهمى وعزالدين عبد الله — مذكرات فى المرافعات المدنية والتجارية ١٩٥٤ — ١٩٥٥ وما بعدها و Morel السابق رقم ٣٠١ .

(٢) وفى ذلك تنص المادة ١١٢ من قانون المرافعات على أنه « اذا رفع النزاع ذاته إلى محكمتين وجب ابداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التى رفع إليها النزاع أخيرا للحكم فيه . . . . وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها » .

وقد كانت المادة ١٣٧ من قانون المرافعات القديم تنص على أنه « اذا دفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام نفس النزاع أمامها كان على المحكمة ان تحيل هذا الدفع بميعاد قريب إلى المحكمة التى رفع إليها النزاع أولا للحكم فى هذا الدفع على وجه السرعة وذلك ما لم يتبين من ظروف الدعوى أنه قصد به الكيد » . والملاحظ ان نص المادة ١١٢ من القانون الجديد قد جعل الفصل فى الدفع بالإحالة للمحكمة التى يقدم اليها وهى المحكمة التي يرفع إليها النزاع أخيراً تعجيلا للفصل فى الدفع .

ويبدو أن الفقه المصرى قد وجد أنه من العسير أن يفسر سكوت المشرع المصرى فى هذا المجال الأخير على أنه رضاء بالأخذ بهذه القاعدة بالنسبة للاختصاص الدولى . فرغم أن معظم دول العالم تأخذ بهذه القاعدة بالنسبة للاختصاص الداخلى ، الا أن القضاء قد جرى فى غالبية هذه الدول على رفض مبدأ الاحالة الى محكمة أجنبية بدعوى أن النزاع قد رفع اليهـــا ابتداء (١) .

ولهذا فقد استقر الفقه المصرى فى مجموعه على انكار مبدأ الاحالة فى نطاق الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية (٢) .

ويرجع الفقه الفرنسى هذا الوضع الى فكرة سيادة الدولة . اذ من غير المقبول أن تجبر الدولة على اخراج نزاع ما من اختصاص محاكمها لمجرد أن ثمة دعوى أخرى فى شأن نفس هذا النزاع قد رفعت أمام محاكم دولة أجنبية ، ما لم تلتزم الدولة بذلك بمقتضى المعاهدات الدولية (٣) . وتبدو لنا هنا مرة اخرى كيف تتأثر قواعد الاختصاص الدولى بفكرة سيادة الدولة وطبيعة المجتمع الدولى .

وينتقد الفقه الفرنسى الحديث هذا الوضع غير المنطقى الذى يؤدى الى تناقض الأحكام الصادرة فى شأن نزاع واحد . فليس من المقبول أن ترفض محاكم الدولة ببساطة الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية ، لأن فى ذلك تجاهل للقضاء الأجنبى دون مبرر (٤) .

---

(١) راجع Batiffol رقم ٧٠١ والدكتور فؤاد رياض — دروس غير مطبوعة فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى ألقيت على طلبة كلية حقوق القاهرة ١٩٥٧ — ١٩٥٨ ص ٥ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله ص ٥٣١ والدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٤٩ .

(٣) Niboyet المطول جزء ٦ ص ٤٦٦ .

(٤) Holleaux فى تعليقه على نقض فرنسى ٥ مايو ١٩٦٢ — Dalloz ١٩٦٢ ص ٧١٨ وما بعدها .

وقد تأثرت بعض الأحكام فى فرنسا على ما يبدو بهذا النقد الى حد ما . وجاء فى حيثياتها ما يفيد أنه لا يجوز للمدعى أن يرفع دعواه أمام القضاء الفرنسى اذا كان قد سبق له رفع دعوى مماثلة أمام قضاء دولة أخرى (١) . وعلى ذلك فلكى يمكن التمسك بالدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية فانه يشترط وفقا لهذا الاتجاه أن يكون رافع الدعوى أمام المحاكم الفرنسية هو المدعى فى النزاع المطروح أمام القضاء الأجنبى وليس المدعى عليه . ويبدو أن التفرقة التى يقيمها القضاء السابق بين حالة ما اذا كان المدعى فى الدعوى الأولى هو رافع الدعوى أمام المحاكم الفرنسية وبين حالة ما اذا كان المدعى عليه هو رافع الدعوى أمام هذه المحاكم تقوم على أساس أن واقعة رفع الدعوى أمام محاكم دولة أجنبية تفيد فى ذاتها تنازل المدعى عن طرح النزاع مرة ثانية أمام قضاء الدول الأخرى . أما المدعى عليه فلا يمكـن

---

(١) راجع نقض فرنسى (الدائرة المدنية) ٢١ مايو ١٩٥٠ Rev. crit ١٩٥١ص٦٦٦ وحكم محكمة السين فى ٥ مايو ١٩٥٩ Clunet ١٩٦٠ ص ١٦٦ — وجاء فى حيثيات المحكمة أن هذا الحكم ينطبق سواء كان المدعى فرنسيا أم أجنبيا ،وهو بذلك يعد خطوة هامة نحو تقرير مبدأ عدم السماح بقيام النزاع أمام قضاء دولتين فى نفس الوقت . اذ كان القضاء الفرنسى مستقرا قبل ذلك على منع المدعى الفرنسى دون غيره من رفع دعواه فى فرنسا اعمالا لحقه بمقتضى المادة ١٤ من القانون المدنى اذا كان قد سبق له رفع نفس هذه الدعوى فى الخارج . ويقوم هذا الحل على أساس أن المادة ١٤ — والتى تبيح للفرنسى مقاضاة الأجنبى غير المتوطن فى فرنسا أمام المحاكم الفرنسية — تعد ميزة خاصة خولها القانون المدنى الفرنسى للوطنيين خروجا عن المبادىء العـامة فى الاختصاص وتأثرا بالأفكار العتيقة التى كانت ترى فى مرفق القضاء امتيازا للوطنيين . ومن ثم ففى التجاء المدعى الفرنسى الى محكمة موطن المدعى عليه الأجنبى وفقاً للقواعد العامة ما يفيد تنازله عن الميزة المقررة له بمقتضى المادة ١٤ . فهذا الحل يرجع الى فكرة التنازل الضمنى عن الحكم الوارد بالمادة ١٤ ولا علاقة له بمبدأ منع قيام الدعوى أمام محكمتين مختلفتين . ولهذا اعتبر الفقه حكم محكمة السين السابق الاشارة اليه — وبمنعه للمدعى الأجنبى الذى رفع دعواه فى الخارج من اعادة طرح النزاع أمام المحاكم الفرنسية أسوة بما انتهى اليه القضاء السابق بالنسبة للمدعى الفرنسى— انه خطوة هامة نحوتقرير المبدأ الموضح فى المتن .راجع Tallon فى رسالتها رقم ٤٠٧ و Bauer فى رسالته رقم ٢٠٠ .

افتراض تنازله عن رفع دعوى مماثلة فى دولة أخرى لأنه ما كان يستطيع ان يدفع بعدم اختصاص المحكمة التى رفع اليها النزاع ابتداء ما دامت هذه الأخيرة مختصة فعلا بنظر الدعوى .

واذا تمشينا مع هذا المنطق فيمكن القول بأنه او كان المدعى عليه قد قبل مختارا الخضوع لولاية المحكمة التى رفع اليها النزاع ابتداء فانه لا يجوز له بالمثل أن يرفع دعوى مماثلة أمام قضاء دولة أخرى . ويحدث ذلك فى حالة اتفاقه مع المدعى صراحة على الخضوع لقضاء الدولة الأولى ، أو اذا سكت عن الدفع بعدم الاختصاص ان كان قضاء هذه الدولة غير مختص أصلا بالنزاع (١) .

ولعل هذا هو ما حدا بجانب من الفقه الفرنسى الى القول بأنه لو كان القضاء لا يسمح كمبدأ بالدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية فانه يجب السماح على الأقل بابداء هذا الدفع فى الأحوال التى تكون محاكم الدولة الأجنبية التى رفع اليها النزاع ابتداء قد اختصت به على أساس مبدأ الخضوع الاختيارى . اذ من غير المقبول فى نظر هذا الرأى أن يخل الخصم باتفاقه السابق مع خصمه الآخر ويقوم بطرح النزاع القائم بينهما أمام محكمة دولة أخرى غير تلك التى اتفقا على الخضوع لولايتها (٢) .

ونحن لا نتفق مع هذا الرأى ،ونرى أن قبول الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية يجب أن يستجيب الى مبدأ عام أساسه تحقيق حسن سير العدالة وتجنب تعارض الأحكام (٣) ، وهى اعتبارات تسمو على مجرد

---

(١) ويرجع جانب من الفقه هذا الوضع الى ما أسموه بـ « العقد القضائى » الذى ينعقد بين كل من المدعى والمدعى عليه ويلزم كل منهما بالانصياع الى حكم المحكمة التى طرح النزاع أمامها — راجع Batiffol المطول رقم ٧٠١ .

(٢) Tallon السابق رقم ٤٠٨ .

(٣) Arminjon موجز القانون الدولى الخاص جزء ٣ رقم ٢٣٥ .

احترام الاتفاق السابق بين الخصوم ، خاصة وقد سبق أن بينا ان الخضوع الاختيارى للقضاء الأجنبي لا يصلح فى ذاته — كمبدأ عام — سببا فى سلب اختصاص المحاكم الوطنية (١) .

ولعل فى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٥ مايو ١٩٦٢ ما يجدد الأمل فى استمرار تطور القضاء الفرنسى نحو اعتراف أشمل بمبدأ عدم جواز قيام الدعوى أمام أكثر من محكمة فى النطاق الدولى . فقد جاء فى الحكم أنه « لا يجوز للمحكمة قبول الدفع بقيام نفس النزاع أمام محكمة أجنبية اذا كان القضاء الفرنسى هو الذى رفعت اليه دعوى الطلاق أولا » (٢) .

وقد استخلص الفقه الفرنسى من هذا الحكم — أخذا بمفهوم المخالفة — أن المحكمة العليا الفرنسية تتجه نحو قبول الدفع اذا كانت المحاكم الأجنبية هى التى رفعت اليها الدعوى أولا (٣) ، وهو ما يتمشى مع المبادىء العامة فى الاختصاص المحلى .

---

(١) وسنرى فيما بعد أنه اذا رفع أحد الخصوم دعوى على خصمه أمام المحاكم المصرية مثلا وكان النزاع مما يدخل فى ولاية هذه المحاكم بناء على أحد ضوابط الإختصاص المنصوص عليها فى قانون المرافعات ، فليس للمدعى عليه ان يدفع بوجود إتفاق سابق بينه وبين المدعى التزاما بمقتضاه بالخضوع لولاية قضاء أجنبى . اذ لا يجوز الاحتجاج بمثل هذا الإتفاق أمام القضاء الوطنى لمخالفته للنظام العام فى مصر . راجع ما بعده . وأساس ذلك أن إعتبارات الأمن والسكينة فى الدولة تقتضى فض النزاع القائم بين الخصوم مادامت محاكم الدولة مختصة بهذا النزاع ، وهى إعتبارات تسمو على واقعه الإتفاق السابق على الخضوع لولاية قضاء دولة أخرى . أما اذا كان الخصوم قد رفعوا دعواهم بالفعل أمام محاكم دولة أجنبية فان الأمر يختلف . ذلك أن واقعه طرح النزاع أمام محاكم دولة أخرى تفيد فى ذاتها أن هذه المحاكم على وشك ان تضع نهاية للنزاع القائم بين الخصوم ، ومن ثم فلم يعد هناك خشية فى غالبية الأحيان من استمرار النزاع القائم بينهم ، وهى النتيجة التى تمس الأمن والسكينة فى الإقليم . وتبدو أهمية هذا الحل فى الفروض التى تكون المحكمة الأجنبية المطروح أمامها النزاع أكثر قدرة على الفصل فيه وكفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه على نحو ما سنرى (راجع المتن) .

(٢) نقض فرنسى ٥ مايو ١٩٦٢ Dalloz ١٩٦٢ ص ٧١٧ مع تعليق Holleaux .

(٣) Bauer فى رسالته رقم ١٩٩ .

ونحن لا ننكر على الحكم السابق أهميته كخطوة نحو الاعتراف بمبدأ عدم جواز قيام الدعوى أمام أكثر من محكمة ، الا أننا نعتقد مع ذلك ان القانون الوضعى فى فرنسا لا يزال بعيدا عن الاعتراف الشامل بهذا المبدأ . فمن ناحية يلاحظ أن الحكم السابق كان فى حقيقة الأمر حكما برفض الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية . فالنتيجة التى انتهى اليها الفقه قد استخلصت من الحكم أخذا بمفهوم المخالفة . وعلى ذلك فان صح القول بأن المحكمة تتجه نحو الاعتراف بالمبدأ ، الا أنه من العسير أن نقرر — على العكس — انها قد طبقته بالفعل ، ولعلها ستفعل ذلك اذا أتيحت لها فرصة مستقبلة .

ومن جهة أخرى فان المبدأ الذى قرره الحكم كان بمناسبة دعوى طلاق وهو ما يقلل من أهميته بوصفه تعبيرا عن مبدأ عام . اذ من المحتمل أن تكون محكمة النقض الفرنسية قد تأثرت فى ذلك برأى بعض الشراح الفرنسيين الذين يحددون مجال قبول الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية بدعاوى الحالة والأهلية فقط . وهم يستندون فى ذلك الى أن القضاء الفرنسى قد استقر على الاعتراف بآثار الحكم الصادر عن القضاء الأجنبى فى مثل هذه الدعاوى بقوة القانون ودون حاجة لاصدار أمر بالتنفيذ (١) .

وعلى ذلك فمن العسير أن نستخلص من حكة محكمة النقض السابق اعترافها الشامل والأكيد بمبدأ عدم جواز قيام الدعوى أمام أكثر من محكمة فى جميع الأحوال . واذا كانت غالبية الفقه الفرنسى الحديث تأمل أن يتطور قضاء محكمة النقض بصفة قاطعة نحو الأخذ بالمبدأ السالف ، فان هذا الأمل لايزال فى اعتقادنا بعيدا عن حقيقة الوضع الراهن للقانون الوضعى . ويرجع ذلك

---

(١) راجع فى هذا الاتجاه Batiffol المطول رقم ٧٧١ و Bauer فى رسالته ص ١٨٣ .

الى عدم وجود سلطة عليا تنظم الاختصاص الدولى لمحاكم الدول المختلفة(١).

ولعله من الخير — والحال كذلك — أن تعمل الدول على ابرام المعاهدات الدولية التى تلتزم بمقتضاها الأطراف المتعاقدة بالأخذ بقاعدة عدم جواز قيام الدعوى أمام محاكم أكثر من دولة (٢) .

ومع ذلك — وحتى اذا لم يكن هناك أى تنظيم دولى لهذه المشكلة — فنحن نعتقد أنه من المتعين وضع معيار يوفق بين الاتجاه المثالى وما يستلزمه من ضرورة قبول الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية منعا لتضارب الأحكام ، وبين الاعتبارات القائمة على فكرة سيادة الدولة وحقها الأصيل فى وضع قواعد اختصاص محاكمها دون اعتداد بقواعد الاختصاص الدولى لمحاكم الدول الأخرى .

حقاً ان الفقه التقليدى قد لاحظ أن رفض الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية لا يؤدى الى تناقض الأحكام فى الدولة نظرا لأن قضاءها الوطنى سوف يرفض تنفيذ الحكم الأجنبى مادام أنه يتعارض مع حكم آخر صادر من المحاكم الوطنية (٣) . ومع ذلك فيجب ألا يغيب عن البال أن هذا القول لا ينفى حقيقة وجود التناقض الفعلى بين الحكمين على وجه قد يتعارض مع الاستقرار اللازم فى المعاملات الدولية .

ومهما كان الأمر فعندنا أن التوفيق بين اعتبارات السيادة وبين محاولة تلافى التناقض بين الأحكام فى العلاقات الدولية يجب أن يكون قائما على مبدأ « قوة النفاذ » السابق الاشارة اليه ، والذى يعد الأساس الفعلى والواقعى لقواعد الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية .

---

(١) Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn الموجز ص ٣٩٩ .

(٢) من ذلك المعاهدة المبرمة بين فرنسا وسويسرا سنة ١٨٦٩ وبين فرنسا وبلجيكا سنة ١٨٩٩ وفرنسا وايطاليا سنة ١٩٣٠ — راجع Batiffol ص ٧٨١ .

(٣) Valéry السابق رقم ٥١٥ والدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٤٩ .

فاذا كانت المحاكم الوطنية تملك القدرة الفعلية على الفصل فى النزاع الذى تختص بنظره وكفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه، فليس هناك ضرر من رفضها للدفع بقيام ذات النزاع أمام محاكم دولة أخرى اعمالا لمبدأ سيادة الدولة وحقها الأصيل فى تنظيم اختصاص محاكمها بالمنازعات التى تثور أمامها دون اعتداد بقواعد الاختصاص الدولى للمحاكم الأجنبية .

أما اذا كانت محاكم الدولة الأجنبية هى الأقدر على الفصل فى الدعوى وكفالة آثار الحكم الصادر فى شأنها — كما لو كانت أموال المدين المدعى عليه كائنة فيها — فلم يعد هناك مبرر للاصرار على رفض الدفع بقيام ذات النزاع أمام قضاء هذه الدولة . اذ أن الحكم الصادر عن القضاء الوطنى فى هذه الحالة سوف يكون معدوم القيمة الفعلية ، لأن المحاكم الأجنبية سوف ترفض تنفيذه مادام أنه يتعارض مع الحكم الصادر عنها فى شأن نفس النزاع .

ولهذا فنحن نميل الى قبول الدفع بقيام ذات النزاع أمام قضاء دولة أجنبية اذا كانت محاكم هـذه الدولة أقدر على الفصل فى النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه (١) .

فى هذه الحالة يتعين على المحاكم الوطنية فى تقديرنا قبول الدفع ، بل ولها — فوق ذلك — أن تقضى باحالة الخصوم الى المحكمة الأجنبية من تلقاء نفسها (٢) .

---

(١) ولعل ذلك هو الذى دفع البعض الى القول — وبحق — أنه لا يجوز قبول الدفع بقيـام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية إلا فى الأحوال التى يكون فيها القضاء الأجنبى أكثر قدرة على الفصل فى الدعوى — راجع Pillet مطول القانون الدولى الخاص . الجزء الثانى رقم ٦٤٥ وأنظر Bauer فى رسالته ص ١٨٣ .

(٢) راجع فى حق القضاء الوطنى فى احالة الخصوم الى المحاكم الأجنبية لقيام ذات النزاع امامها Arminjon الجزء الثالث رقم ٢٣٤ وما بعده .

ولا يصح الرد على ذلك بالقول بأن تخلى المحكمة عن اختصاصها بالنزاع هو أمر يتعارض مع الصفة الآمرة لقواعد الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية . ذلك لأنه لو كان صحيحا أن قواعد الاختصاص الدولى تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها الا أن الحل الذى نقول به يجد هو الآخر أساسه فى فكرة النظام العام ذاتها . اذ أن تصدى المحاكم الوطنية لنزاع تعرف مقدما أن حكمها فى شأنه ليس له أية قيمة فعلية ، هو أمر يمس فاعلية القضاء الوطنى وهيبته ، ويتعارض بالتالى مع اعتبارات النظام العام .

ويبدو أن القضاء المصرى المختلط قد أحسن فهم هذه الحقيقة . فقد حكمت محكمة الاسكندرية المختلطة باحالة النزاع المطروح أمامها من تلقاء نفسها الى المحكمة الأجنبية التى رفعت اليها نفس الدعوى . وبررت المحكمة حكمها السالف بكون مقتضيات النظام العام تحتم الأخذ بهذا الحل منعا لتضارب الأحكام (١) .

ولاعتبارات مشابهة حكم القضاء الانجليزى بجواز التخلى عن الدعوى — رغم اختصاصه بها — واحالة الخصوم الى المحكمة الأجنبية التى يتبين له أنها أقدر على الفصل فى النزاع لقربها من الأدلة مثلا ، حتى لو لم تكن الدعوى قد رفعت اليها . ويرجع الفقه الانجلو سكسونى الحل السابق الى كون التجاء المدعى الى المحاكم الانجليزية فى هذا الفرض يتضمن تعسفا فى استعمال حقه

(١) راجع حكم محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٩ يناير ١٩٢٢ Clunet ١٩٢٢ ص ١٠٤٣ ومشار اليه فى Arminjon السابق ص ٢٤٤ هامش (١)

فى رفع الدعوى (١) .

ومع ايماننا بأن القضاء الانجليزى قد غالى فى الأخذ بمبدأ « قوة النفاذ » على النحو السالف الى الحد الذى دفعه الى التخلى دون مبرر عن نظر دعوى تدخل فى اختصاصه لصالح محاكم دولة أخرى لم يطرح النزاع أمامها أصلا ، الا أنه قد نبه الأذهان مع ذلك الى ضرورة الحل الذى أتى به فى الأحوال التى يكون النزاع فيها قد طرح بالفعل أمام القضاء الأجنبى . فى هذه الحالة يتعين على المحاكم الوطنية قبول الدفع باحالة الدعوى الى القضاء الأجنبى الذى طرح أمامه نفس النزاع حتى لا يترتب على تصديها للفصل فيه صدور حكم يتعارض مع الحكم الأجنبى الصادر عن القضاء هناك ، وهو ما يؤدى الى استحالة تنفيذ الحكم الوطنى فى الخارج .

ونشير فى النهاية الى أنه لما كان معيار قبول الدفع بقيام ذات النزاع أمام محاكم دولة أجنبية عندنا هو مدى اعتبار محاكم هذه الدولة أقدر على الفصل فى الدعوى وكفالة آثار الحكم الصادر فى شأنها من عدمه ، فانه ومتى توافر هذا الشرط تعين قبول الدفع حتى ولو كان النزاع قد رفع الى القضاء الوطنى أولا . فاذا كانت الأسبقية فى رفع الدعوى هى التى تحدد المحكمة المختصة محليا فى حالة ما اذا رفع النزاع أمام أكثر من محكمة مختصة وفقاً للقواعد العامة فى الاختصاص الداخلى ، الا أن هذه القاعدة تفقد أهميتها فى المجال الدولى حيث تكون العبرة بالمحكمة الأكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر عنها (٢) .

---

(١) راجع قضية Logan of Scotland مشار اليها فى بحث Gutteridge السابق الاشارة اليه ص ١٦٢ وما بعدها .

(٢) راجع عكس هذا الرأى فى Arminjon السابق رقم ٢٥١ — وهو يشترط لقبول الدفع ان تكون المحكمة الأجنبية هى التى رفع اليها النزاع أولا تطبيقا للقواعد العامة فى المرافعات الداخلية فى فرنسا .

٣٩ — مدى جواز الخروج عن قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية

مضت الاشارة الى أن قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية تتعلق فى تقديرنا بالنظام العام . ذلك أن المشرع اذ يحدد ضوابط اختصاص المحاكم الوطنية فهو يرسم بذلك حدود ولاية هذه المحاكم بالنظر فى المنازعات التى تثور على اقليمه . وترتبط قواعد الاختصاص الدولى من هذه الوجهة بوظيفة أساسية من وظائف الدولة وهى أداء العدالة فى الاقليم حفاظا على الأمن والسكينة فيه ، وهى اعتبارات تمس بالضرورة فكرة النظام العام .

فاذا كانت قواعد الاختصاص الوظيفى والتى تحدد ولاية جهات القضاء المختلفة داخل الدولة تتسم بالصفة الآمرة ، فان القواعد التى تحدد اختصاص القضاء الوطنى فى مواجهة المحاكم الأجنبية تتعلق هى الأخرى — ومن باب أولى — بالنظام العام (١) .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على الخروج عن قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية والخضوع باختيارهم لولاية المحاكم الأجنبية . فاذا رفع أحدهم دعوى على خصمه أمام المحاكم المصرية وكان النزاع مما يدخل فى ولاية هذه المحاكم بناء على أحد ضوابط الاختصاص المنصوص عليها فى قانون المرافعات ، فليس للمدعى عليه أن يدفع بوجود اتفاق سابق بينه وبين المدعى التزما بمقتضاه بالخضوع لولاية قضاء أجنبى . اذ لا يجوز الاحتجاج بمثل هذا الاتفاق أمام القضاء الوطنى لمخالفته للنظام العام فى مصر .

وقد أحسن الفقه والقضاء فى مصر فهم هذه الحقيقة فلم يترددا فى تأكيد الصفة الآمرة لقواعد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية وابطال أى

---

(١) راجع Bartin مبادىء القانون الدولى الخاص ج ١ ص ٣٥٥ .

اتفاق على الخروج عن هذه القواعد (١) .

ولا تتعارض هذه النتيجة مع ما سبق أن قررناه من جواز خضوع الخصوم باختيارهم لولاية القضاء الوطنى . فقد مضت الاشارة الى أن مبدأ الخضوع الاختيارى للمحاكم الوطنية يعد ضابطا من ضوابط الاختصاص الدولى لهذه المحاكم ولا ينفى عن قواعد الاختصاص الدولى صفتها الآمرة . فاذا كان المشرع قد اعترف للارادة بأثرها المانح لاختصاص المحاكم الوطنية ، فهو ينكر عليها أى أثر سالب لهذا الاختصاص (٢) .

ويلاحظ أن الفقه الفرنسى الحديث وان كان قد خول للخصوم حق الخروج عن قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم الفرنسية والخضوع باختيارهم لولاية القضاء الأجنبى ، فهو لم يهدف من ذلك الى التقريب المطلق بين قواعد الاختصاص الدولى وقواعد الاختصاص المحلى ، وانما يرجع اتجاهه فى هذا الشأن الى اعتبارات خاصة بالمادتين ١٤ ، ١٥ من القانون المدنى الفرنسى . ذلك ان المشرع الفرنسى قد أجاز — بمقتضى هاتين المادتين — عقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية اذا كان المدعى أو المدعى عليه فرنسى الجنسية . وقد رأينا أن هذا الاتجاه التشريعى يعد خروجا عن القواعد العامة المعترف بها فى الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية قصد به المشرع الفرنسى تقرير امتياز خاص بالفرنسيين . ولذا فقد كان طبيعيا أن تدفع الصفة الاستثنائية للمادتين ١٤ ، ١٥ بالفقه الى التضييق من نطاق اعمالهما وتقرير حق الخصوم

---

(١) راجع الدكتور حامد زكى . القانون الدولى الخاص رقم ٣٥٧ والدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية رقم ١٨٦ وهو يشير فى ص ٥٣٠ هامش (١) ، (٢) إلى أحكام القضاء المصرى التى آمنت بهذا الاتجاه . وراجع أيضاً الطبعة السادسة رقم ١٩٧ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٣٣ والطبعة السادسة ص ٧٣٧ .

فى التنازل عن الميزة المقررة للفرنسيين بمقتضى هاتين المادتين (١) .

ولذلك فنحن نعتقد ان اتجاه الفقه والقضاء فى فرنسا نحو تخويل الخصوم حق الخروج عن قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم هناك والخضوع اختياريا لقضاء دولة أخرى هو اتجاه قد تأثر الى حد بعيد باعتبارات خاصة بالقانون الفرنسى ولا يصلح من ثم سندا مناهضا للرأى الذى نقول به .

ولهذا السبب نجد أن جانبا من الشراح المصريين قد أجاز للخصوم الخضوع بارادتهم لولاية القضاء الأجنبى استثناء من القاعدة العامة فى عدم جواز الخروج عن قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية ، وذلك فى الفروض التى يكون مبنى اختصاص هذه المحاكم فيها هو ضابط الجنسية (٢).

ونشير فى النهاية الى أن قاعدة عدم جواز الخروج عن قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية وابطال كل اتفاق بين الخصوم على خلاف ذلك لا تمنع المحكمة من التخلى عن اختصاصها اذا ما تبينت ان حكمها فى الدعوى سوف يكون معدوم القيمة الفعلية . ويحدث ذلك بصفة خاصة بالنسبة للدعاوى المرتبطة بنزاع قائم بالفعل أمام محكمة أجنبية ، أو الدعاوى التى سبق رفعها أمام هذه المحاكم ، مادام ان القضاء الأجنبى فى الحالتين هو الأقدر على الفصل فى الدعوى وكفالة آثار الحكم الصادر فى شأنها . فقد رأينا ان الحكم الصادر عن المحاكم الوطنية يتجرد فى هذه الفروض من أى قيمة حقيقية . لأن قضاء الدولة الأجنبية التى يتعين تنفيذ الحكم فيها سوف

---

(١) راجع Bauer فى رسالته رقم ٧٨ وما بعده و Batiffol المطول رقم ٦٨٤ وما بعده .

(٢) ومن المؤمنين بهذا الاتجاه الدكتور عز الدين عبد الله — راجع مؤلفه السابق الاشارة اليه الطبعة الثانية ص ٥٣٢ والطبعة السادسة ص ٧٤٣ وهو يشير تأييداً لرأيه إلى أن « ضابط الجنسية وحده ضابط ضعيف فى ميدان الإختصاص القضائى » .

يرفض الامر بتنفيذ هذا الحكم طالما كان متناقضا مع الحكم الأجنبي الصادر في نفس النزاع .

وقد حدت نفس هذه الاعتبارات بالفقه الغالب في كل من فرنسا ومصر الى تقرير عدم اختصاص المحاكم الوطنية بالدعوى المتعلقة بعقار كائن في الخارج حتى لو توافر لها سبب آخر من أسباب الاختصاص بالدعوى . فقد أشرنا الى أن دولة موقع العقار سوف ترفض تنفيذ الحكم الوطني في هذه الحالة لتعلق الأمر بالنظام العام فيها .

وترجع كافة الحلول السابقة الى مبدأ قوة النفاذ الذى مضت الاشارة اليه والذى يعد الأساس الفعلي لمعظم قواعد الاختصاص الدولي .

٤٠ — وجوب توافر ضابط الاختصاص عند رفع الدعوى

أوضحنا خلال دراستنا للقواعد العامة في اختصاص المحاكم المصرية أن المشرع قد حدد ضوابط معينة لاختصاص القضاء الوطني بنظر الدعوى مثل توطن المدعى عليه في مصر أو وجود المال فيها أو كون مصر هى بلد افتتاح التركة أو محل نشوء الالتزام . . الخ .

ويلاحظ أن بعض هذه الضوابط مثل موقع العقار أو محل نشوء الالتزام لا يتصور تغييره عادة اذا آل الاقليم الذى يوجد به العقار أو نشأ فيهالالتزام الى دولة أخرى وهو فرض نادر الحدوث عملا .

أما غالبية الضوابط الأخرى مثل موقع المنقول أو موطن المدعى عليه فيمكن تصور تغييرها ، وذلك بنقل المنقول الى اقليم آخر مثلا أو بتغيير المدعى عليه لموطنه .

ويثور التساؤل في مثل هذه الفروض عن الوقت الذى يعتد به لتوافر ضابط الاختصاص حتى تنعقد ولاية المحاكم الوطنية بنظر الدعوى .

هناك أولا فرض لا يثير أدنى صعوبة وهو حالة ما اذا توافر ضابط الاختصاص عند نشوء العلاقة القانونية التى أصبحت محلا للنزاع بعد ذلك ثم تغير هذا الضابط قبل رفع الدعوى ، كما لو كان المنقول المبيع موجودا فى مصر عند ابرام عقد البيع ثم نقل الى خارجها قبل رفع الدعوى . فلاشك أن المحاكم المصرية لا تختص بنظر النزاع فى هذه الحالة ما لم يتوافر ضابط آخر من ضوابط اختصاصها به . اذ يتعين بداهة أن يكون ضابط الاختصاص متوافر عند رفع الدعوى ؛ وهو الوقت الذى تثار فيه مدى ولاية المحاكم الوطنية بالنزاع المطروح أمامها (١) .

ولكن ما الحكم فيما لو تغير ضابط الاختصاص بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها كما لو نقل المنقول محل النزاع الى خارج الجمهورية العربية المتحدة اثناء قيام دعوى الدائن المرتهن لهذا المنقول على مدينه ؟ .

يجيب البعض على هذا التساؤل مؤكدا وجوب توافر ضابط الاختصاص عند رفع الدعوى وحتى الحكم فيها (٢) .

أما الرأى الراجح سواء فى فرنسا أو فى مصر فهو يرى أنه يكفى أن يتوافر ضابط الاختصاص عند رفع الدعوى . وكل تغيير لاحق على هذا الوقت ليس من شأنه سلب ولاية المحاكم الوطنية طالما توافر سبب من أسباب اختصاصها عند رفع الدعوى (٣) .

---

(١) Niboyet المطول ص ٣٢٧ و Batiffol ص ٧٥٩ والدكتور عز الدين عبد الله رقم ١٨٧ والدكتور فؤاد رياض رقم ٤٧١ .

(٢) راجع اختلاف الفقه الايطالى حول هذه المشكلة معروضا بالتفصيل فى مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية رقم ١٨٧ والطبعة السادسة رقم ١٨٩ .

(٣) Batiffol المطول ص ٧٥٩ وما بعدها و Bauer فى رسالته رقم ١٥٣ — والدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٥٣٤ والطبعة السادسة ص ٧٤٨ والدكتور فؤاد رياض ص ٤٨٩ . وهو نفس الحل المأخوذ به فى الاختصاص الداخلى — راجع Morel رقم ٢٥٤ .

وغنى عن البيان ان هذا الحل لا ينطبق فيما لو كان ضابط اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى هو ارادة الخصوم فى الخضوع اختياريا لولايتها . اذ لو رجع الخصوم عن رغبتهم فى الخضوع للقضاء الوطنى واتفقوا اثناء نظر الدعوى على ترك الخصومة لترتب على ذلك الغاء جميع الاجراءات وعودة الخصوم الى الحالة التى كانوا عليها قبل رفع الدعوى(١).

ويبقى لنا فى النهاية أن نشير الى الفرض الذى ترفع فيه الدعوى رغم عدم توافر سبب من أسباب اختصاص المحاكم الوطنية بها ثم يتوافر ضابط الاختصاص اثناء نظر الدعوى .

ويرى الفقه المصرى الراجح أن المحاكم المصرية تختص فى هذه الحالة أيضا بنظر الدعوى « مراعاة للعدالة وتوفيرا لوقت المحكمة من أن يضيع سدى اذا ما حكمت بعدم اختصاصها ثم تلقفت الدعوى من جديد برفعها اليها بعد توافر ضابط الاختصاص » (٢) .

٤١ — تحديد الاختصاص الداخلى

اذا ما انعقد اختصاص المحاكم المصرية بنظر النزاع بناء على أحد ضوابط الاختصاص الدولى التى مضت الاشارة اليها ، فان تحديد المحكمة المختصة نوعيا أو محليا يخضع بعد ذلك للقواعد العامة فى الاختصاص الداخلى المنصوص عليها فى قانون المرافعات .

---

(١) راجع المادة ١٤٣ من قانون المرافعات الجديدوالمقابلة للمادة ٣١٠ من القانون القديم وانظر الدكتور رمزى سيف المرجع السابق ص ٦٥ وما بعدها والدكتور عبد المنعم الشرقاوى السابق رقم ٣٤٧ وما بعده .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٥٣٧ والطبعة السادسة ص ٧٥١ — وراجع فى نفس هذا المعنى الدكتور فؤاد رياض ٤٩٠ وهو يشير فى رسالته رقم ١٥٤ الى ان القانون الالمانى يأخذ بهذا الحل .

ويلاحظ مع ذلك أنه قد يتعذر تحديد المحكمة المختصة محليا اذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل اقامة فى مصر وكان اختصاص المحاكم المصرية قائماً على فكرة الخضوع الاختيارى مثلا أو على كون الجمهورية العربية المتحدة هى دولة موقع المنقول محل النزاع . وفى مثل هذه الأحوال يتعين اعمال الحكم الوارد بالمادة (٦١) من قانون المرافعات والتى تنص على أنه « اذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل اقامة فى الجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو محل إقامته فان لم يكن له موطن ولا إقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة » (١) .

ونشير فى النهاية الى ان دعاوى الأحوال الشخصية كانت تثير فيما مضى مشكلة خاصة بتحديد الجهة القضائية المختصة داخليا بنظرها نظرا لأن ولاية القضاء فى هذه الأحوال كانت موزعة بين المحاكم المدنية والمحاكم الشرعية ومجالس الطوائف الدينية المختلفة . أما الآن وبعد صدور القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٥ فى شأن إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية فقد أصبحت المحاكم المدنية هى جهة الإختصاص الوحيدة بمواد الأحوال الشخصية ، وبالتالى فلم يعد هناك محل لدراسة هذه المشكلة . ذلك ان دوائر الأحوال الشخصية التى نص القانون سالف الذكر على انشائها تعتبر من دوائر المحاكم المدنية وتابعة لها (٢) .

---

(١) والمقابلة للمادة ٦٨ من القانون القديم .

(٢) راجع حكم محكمة النقض المصرية فى ١٨ يناير ١٩٦٦ منشور بمجلة النقض . س ١٧ العدد الأول ١٩٦٦ ص ٥ وما بعدها .

الباب الثانى

القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

٤٢ ـ قاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضى

بينا فى الباب السابق من هذه الدراسة القواعد التى تحكم إختصاص محاكم الجمهورية العربية المتحدة بالمنازعات المتضمنة عنصراً أجنبيا .

فاذا ما ثبت الإختصاص لمحاكم الجمهورية بنظر نزاع يتضمن عنصراً أجنبيا وفقاً لقواعد الإختصاص الدولى التى مضت الإشارة إليها ، فقد يثور التساؤل حينئذ حول القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى وقواعد المرافعات .

وقد تصدى المشرع المصرى للرد على هذا التساؤل فى المادة ٢٢ من القانون المدنى والتى نصت على أنه « يسرى على قواعد الإختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات » .

وعلى ذلك فان القانون المصرى ، بوصفه قانون القاضى ، هو الذى يسرى فى شأن إجراءات الدعوى المرفوعة أمام محاكم الجمهورية .

وقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى هى قاعدة قديمة بدت ملامحها لأول مرة لدى شراح المدرسة الإيطالية فى القرون الوسطى ، حيث فرق J. Baldini سنة ١٢٣٥ بين الإجراءات والتى يسرى فى شأنها قانون

القاضى ، وبين الموضوع والذى يخضع لقوانين أخرى متباينة وفقاً لطبيعة المسألة المعروضة .

ولقد كانت التفرقة بين الإجراءات والموضوع هى أول الحلول التى قال بها شراح المدرسة الإيطالية القديمة فى شأن تنازع القوانين .

ومنذ أن أقر بارتول Bartole ، رائد فقه الأحوال الإيطالى القديم ، سلامة هذه التفرقة ، أصبحت قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى قاعدة تقليدية إستقر عليها كل من الفقه والقضاء فى كافة دول العالم حتى وقتنا هذا (١) . بل وإن بعض التشريعات قد حرصت على النص عليها صراحة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الإيطالى والتشريع المصرى (٢) .

٤٣ — أساس القاعدة ومدى ارتباطها بكل من تنازع الاختصاص القضائى وتنازع القوانين

حاول جانب من الفقه الفرنسى أن يجعل من قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى مجرد تطبيق لقاعدة الإسناد التى تقضى بخضوع شكل التصرفات للقانون المحلى . فاعتبارات العدالة والملاءمة والضرورة والتى تستند قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلى وفقاً لهذا الرأى ، هى أيضاً التى يمكن فى ضوئها تبرير تطبيق قانون القاضى على الإجراءات وقواعد المرافعات (٣) . وأساس ذلك أن فكرة الشكل لا تختلف فى جوهرها عن فكرة الإجراءات . فكل منهما هو المظهر الخارجى « الذى يوجب القانون

---

(١) راجع Batiffol المطول . طبعة ١٩٦٧ رقم ٢١٥ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة . ص ٧٨٨ .

(٣) راجع فى ذلك : Arminjon, Precis de droit international Privé الجزء الثالث ص ٢٦٥ .

إتخاذه ، وهو يستلزم مراعاة أوضاع معينة وتدخل موظف عام ، هــو بالنسبة للتصرف القانونى الموثق ، وبالنسبة لإجراءات المرافعات هم عمـــال القضاء . وقانون المحل بالنسبة للتصرف القانونى هو قانون البلد الذى يبرم فيه ، وقانون المحل بالنسبة لإجراءات المرافعات هو قانون البلد الكائنة به المحكمة التى يتخذ لديها الإجراء » (١) .

ويرفض الفقه الغالب هذا النظر . فان كان صحيحاً أن قواعد المرافعات وفقاً لمفهومها الخاص أو الضيق هى قواعد شكلية يلزم وجودها لإعمـــال القواعد الموضوعية فى القانون المدنى والتجارى ، إلا أن الصحيح أيضاً هو أن قواعد المرافعات بمعناها الموسع تتعلق بتنظيم السلطة القضائية وبيان إختصاص المحاكم والاجراءات الواجبة الاتباع فى رفع الدعاوى المدنية والتجارية والفصل فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة فى شأنها . فقواعد المرافعات إذن تتصل بكل من فرعى القانون الخاص والقانون العام على السواء (٢) .

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله فى عرضه لهذا الرأى . الطبعة السادسة ص ٦٢٥ وأيضاً ص ٧٩٠ . وأنظر كذلك مؤلفنا فى تنازع القوانين . ص ٣٠٥ .

(٢) راجع فى تأكيد إتصال قانون المرافعات بكل من فرعى القانون العام والخاص، وإعتباره بذلك من فروع القانون المختلطة : Roubier, Théorie général du droit الطبعة الثانية . باريس ١٩٦٠ ص٢٦٢ وما بعدها و Solus et Perrot Droit Judiciaire Privé الجزء الأول . باريس ١٩٦١ ص ١٤ وما بعدها وأنظر فى مصر : الدكتور حسن كيره . المدخل إلى القانون . الأسكندرية ١٩٦٩ رقم ٤٣ والدكتور أحمد أبو الوفا . المرافعات المدنية والتجارية . الطبعة الخامسة رقم ٧ والدكتور شمس الدين الوكيل . النظرية العامة للقانون . الطبعة الأولى . رقم ٦٠ . وراجع مع ذلك فى إعتبار قانون المرافعات فرعاً من فروع القانون الخاص بوصفه مجموعة القواعد التى تمثل الإطار الشكلى الذى يكفل حماية الحقوق الخاصة . R. Savatier مشار إليه فى Solus et Perrot . المرجع السابق . ص١٤ هامش (٣) . والدكتور عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت . أصول القانون . القاهرة ١٩٤١ رقم ١٨٩ . والدكتـــور عبد الفتاح عبد الباقى . نظرية القانون . القاهرة ١٩٦٦ رقم ٦١ . وأنظر فى إعتبار قانون المرافعات فرعاً من فروع القانون العام على أساس أنه يتضمن مجموعة القواعد التى تنظم مرفق =

ولعل إتصالها بهذا الفرع الأخير — بوصفها القواعد المنظمة للسلطةالقضائية — هو ما يميزها تماما عن فكرة شكل التصرفات والتى تتعلق أساساً بالقانون الخاص .

وعلى هذا النحو يبدو لنا الفارق الأساسى بين كل من قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى من جهة ، وقاعدة خضوع الشكل للقانون المحلى من جهة أخرى . فالقاعدة الأولى وإن تعلقت بنشاط الأفراد ، إلا انها تتصل مع ذلك — وبصفة أساسية — بنشاط مرفق القضاء . أما القاعدة الثانية — وهى قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلى — فهى تتعلق بنشاط الأفراد وتهدف إلى التيسير على المتعاملين ، وهو هدف غريب عن القاعدة الأولى (١) . ولهذا فان قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلى تتسم بطابع غير إلزامى وفقاً لما إنتهى إليه الفقه الغالب وكثير من التشريعات ومن بينها التشريع المصرى (٢) . والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى . اذ يتفق الفقه على إعتبارها قاعدة ملزمـة لا سبيل إلى إغفالها (٣) ، على الأقل بالنسبة للإجراءات المتبعة أمام

= القضاء: Morel, Traité élémentaire de Procédure Civile . الطبعة الثانية . باريس ١٩٤٩ رقم ٩ ص ٦ وما بعدها وأنظر فى متابعة هذا الإتجاه فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٨٩ .

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة . ص ٧٩١ . وأنظر كذلك Batiffol المطول . طبعة ١٩٥٩ رقم ٥٨٣ و Bartin الجزء الأول رقم ١٦٣ .

(٢) راجع مؤلفنا فى تنازع القوانين . السابق الإشارة إليه فقرة ١٠٢ .

(٣) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ فقرة ٦٩٧ .

المحاكم (١) .

وإزاء ذلك يميل الفقه الحديث إلى ربط قاعدة تطبيق قانون القاضى على الإجراءات بقواعد تنازع الإختصاص القضائى . فاتصال قواعد المرافعات – بوصفها القواعد التى تحكم نشاط السلطة القضائية – بالقانون العام يقتضى بالضرورة تطبيق هذه القواعد على كافة المنازعات المرفوعة أمام محاكم الدولة ولو تضمنت عنصراً أجنبياً . فليس من المنطق أن يتبع القاضى فى ممارسته لسلطاته قانوناً غير قانون دولته . وإذا كان من المتصور أن يطبق القاضى قانونا أجنبيا فى شأن موضوع المنازعات الخاصة الدولية المطروحة

---

(١) اذا كان الفقه الغالب قد إنتهى على نحو ما رأينا فى المتن إلى أن قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى لا شأن لها بقاعدة الشكل التى تتميز بطابعها الإختيارى ، إلا أن جانبا من هذا الفقه قد أكد مع ذلك ان استقلال قاعدة الشكل عن القاعدة الخاصة بالإجراءات مجاله قواعد المرافعات المتبعة أمام المحاكم . أما إجراءات التحكيم فهى تدخل فى نطاق قاعدة الشكل وتخضع بالتالى للقانون المحلى . فالمحكين لا يؤدون وظيفة عامة ، وإنما هم يقومون بأعمال قانونية بمقتضى عقد خاص هو عقد التحكيم ، ومن ثم فان إتباعهم لقواعد المرافعات السائدة فى إقليم الدولة التى يباشرون فيها الإجراءات هو محض تطبيق لقاعدة خضوع الشكل للقانون المحلى . ولما كانت هذه القاعدة الأخيرة تتسم بطابع إختيارى على نحو ما رأينا ، فانه يترتب على ذلك أن من حق المحكين إتباع الإجراءات المقررة فى قانون آخر بالإتفاق مع الخصوم . راجع فى ذلك Batiffol المطول رقم ٧٠٠ص ٧٩٢ . وعلى العكس فقد أكد جانب آخر من الفقه ان مراعاه المحكين للإجراءات المتبعة فى الدولة التى يباشرون فيها مهمتهم هو محض تطبيق لقاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضى. راجع Bartin, Principes de droit int. Privé T.1.P. 407 . ويشير جانب من الفقه المصرى إلى أنه « إذا كان الرأى الأول قد يكون أكثر قبولا فى فرنسا إستناداً إلى نص المادة ١٠٠٩ مرافعات فرنسى التى تجيز للخصوم أن يتفقوا على الإجراءات التى يتبعها المحكون ولو كانت غير تلك الواردة فى القانون الفرنسى ، فقد كان يصعب قبوله فى مصر فى ظل أحكام قانون ١٩٤٩ (المادتان ٨٣٤ و ٨٣٥ منه) . ولكنه أصبح جائز القبول فى ظل أحكام قانون المرافعات الصادر فى سنة ١٩٦٨ والذى تقضى المادة ٥٠٦ منه بأن (يصدر المحكون حكمهم غير مقيدين باجراءات المرافعات عدا مانص عليه فى هذا الباب (أى باب التحكيم) ويكون حكمهم على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح . . » . راجع فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٧٩٢ .

أمامه ، فان مرد ذلك هو إتصال الأمر بالمصالح الخاصة للخصوم ، وبالتالى بالقانون الخاص . أما اجراءات الدعوى فان تعلقها بنشاط مرفق عام هو القضاء يجعل تطبيق قانون الدولة التى يتبعها هذا المرفق أمراً لازما (١). ومن هنا ينتهى هذا الرأى إلى إعتبار قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى مجرد تطبيق لمبدأ إقليمية قواعد القانون العام (٢) .

ونحن نعتقد أنه من المتصور ربط القاعدة الخاصة بالإجراءات بقواعد الإختصاص القضائى الدولى وتطبيق قانون القاضى فى شأنها بصرف النظر عن الجدل الفقهى حول طبيعة القواعد الخاصة بالإجراءات ومدى إتصالها بكل من القانون العام أو القانون الخاص . فقواعد المرافعات تتعلق لاشك بمرفق من مرافق الدولة هو مرفق القضاء ، وبالتالى فهى قواعد تتصل بكيان الدولة وتنظيم مرافقها . وهى بهذا الوصف تعد من القواعد « ذات التطبيق المباشر » ، أى القواعد التى تحدد بذاتها مجال سريانها المكانى دون حاجة إلى إدخال العلاقات المتعلقة بها فى فكرة مسندة معينة تمهيدا لإسنادها فى النهاية لقانون القاضى (٣) . فاتصال قواعد المرافعات بكيان الدولة وتنظيم مرافقها العامة يؤدى فى ذاته إلى تطبيقها تطبيقاً مباشراً على المنازعات التى تثور فى الإقليم بصرف النظر عن مدى تعلقها بالقانون العام أو القانون الخاص . فهذه القواعد تتميز بسمتها الآمرة التى تقتضى تطبيقها تطبيقاً

---

(١) راجع بصفة خاصة Batiffol المطول رقم ٦٩٧ .

(٢) راجع فى ذلك Freyria, La Notion de Conflit de lois en droit Public تقريرمقدم الى اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص . منشور بأعمال اللجنة ١٩٦٢– ١٩٦٤ ص ١٠٣ وما بعدها وبصفة خاصة ص ١٠٥ .

(٣) راجع بالنسبة لفكرة القوانين ذات التطبيق المباشر :
Françescakis, Quelques Précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les régles de Conflits de lois منشور فى Rev. crit ١٩٦٦ ص ١ وما بعدها .

إقليميا مهما كان الجدل حول إنتمائها إلى هذا الفرع من القانون أو ذاك . ويذكرنا هذا الوضع بدور فكرة النظام العام فى الفقه القديم كوسيلة لتثبيت الإختصاص للقانون الإقليمى ، وهو دور لم يتردد الفقه الحديث فى الإعتراف به فى بعض الفروض (١) .

ومهما يكن من أمر فان كان جانب من فقه القانون الدولى الخاص قد إنتهى إلى نفس هذه النتيجة على نحو ما رأينا فأكد تطبيق قانون القاضى فى شأن الإجراءات على أساس تعلق قواعد المرافعات بالقانون العام مما يبرر تطبيقها تطبيقاً إقليميا ، إلا أن هذا الفقه قد أشار مع ذلك إلى ان تعلق إجراءات الدعوى بالقانون العام لا ينفى إتصالها فى الوقت نفسه بحقوق المتقاضين ومصالحهم ، وبالتالى لا ينفى إتصالها بالقانون الخاص (٢) . ومن هنا أمكن القول بارتباط قواعد الاجراءات بالأحكام الموضوعية التى تنظم حقوق المتقاضين ، وهو ما يمكن معه إعتبار قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى من قواعد الإسناد المزدوجة ، أى من قواعد تنازع القوانين وفقاً للمعنى المفهوم لدى الفقه التقليدى (٣) .

---

(١) راجع مؤلفنا فى تنازع القوانين السابق الإشارة إليه رقم ٨٦ . وأنظر مع ذلك Batiffol المطول ص ٧٨٩ و ص ٧٩٠ حيث يقرر أنه من الخطأ ان يفسر تطبيق قواعد المرافعات تطبيقاً إقليميا بالرجوع إلى فكرة النظام العام . فالنظام العام وسيلة لإستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق ومن ثم فلا يصح الإستناد إلى هذه الفكرة كأساس يقوم عليه تطبيق قانون القاضى . وأنظر فى متابعة هذا الإتجاه فى مصر : الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة . ص ٧٩٠ .

(٢) راجع Batiffol المطول رقم ٦٩٧ .

(٣) راجع Batiffol السابق رقم ٦٩٧ ص٧٩٠ . بل ويؤكد هذا النظر أن الفقه الحديث لم يتردد الآن فى الاعتراف بإمكان قيام التنازع فى مجال القانون العام . راجع فى ذلك مؤلفنا فى تنازع القوانين السابق الاشارة إليه رقم ١٢ وأنظر Freyria, La Notion de Conflit de lois en droit Public تقرير مقدم إلى اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص فى ٢٩ مارس ١٩٦٣ ومنشور بأعمال اللجنة ١٩٦٢ — ١٩٦٤ . ص١٠٣ وما بعدها .

ويتضح مما سبق أنه إذا كانت قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى ترتبط بقواعد الإختصاص القضائى، فانها تعد فى الوقت نفسه من قواعد تنازع القوانين .

وإعتبارها من قواعد تنازع القوانين على هذا النحو لا يخلو من فائدة . ويبدو ذلك بصفة خاصة فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث قد يضطر القضاء الوطنى إلى الإلتجاء لقانون دولة أجنبية قبل إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الصادر عن محاكمها وذلك للتحقق من أن الإجراءات التى بوشرت فى هذه الدولة قد تمت صحيحة وفقاً لقانونها على نحو ما سنرى فيما بعد (١) .

ولعل هذا الإعتبار هو الذى دفع المشرع المصرى إلى صياغة قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى فى شأن قاعدة إسناد مزدوجة الجانب ، فقد نصت المادة ٢٢ من القانون المدنى كما رأينا على أنه « يسرى على قواعد الإختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات » .

٤٤ — نطاق تطبيق قانون القاضى : التفرقة بين الاجراءات والموضوع

يقتضى البحث فى تحديد نطاق تطبيق قانون القاضى ضرورة التفرقة بين الإجراءات والموضوع . فقد رأينا ان قانون القاضى ينطبق فى شأن

(١) راجع Bartin . مبادىء القانون الدولى الخاص . الجزء الأول ص ٤٠٤ و Batiffol المطول ص ٧٩٠ . وأنظر فى مصر الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق رقم ١٠٣ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٨٩ . ومع ذلك فسنرى فيما بعد أن جانبا من الفقه الحديث قد أكد أنه من العسير ان نسلم برقابة القضاء الوطنى على سلامة الاجراءات التى إتبعها الحكم الأجنبى المطلوب تنفيذه وفقاً لقانون المحكمة التى أصدرته . فواقع الأمر ان القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ يكتفى — من الوجهة العملية — بالتأكد من أن الحكم الأجنبى قد احترم حقوق الدفاع وفقاً للمفهوم السائد فى قانونه ، أى فى قانون القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ ، على نحوما سنرى فيما بعد .

إجراءات الدعوى . أما موضوع النزاع فالأصل فى شأنه هو تطبيق القانون المختص وفقاً لما تشير به قواعد الإسناد وطنياً كان أو أجنبياً .

ومن هنا تبدو مسألة تحديد ما يدخل فى مجال تطبيق قانون القاضى كمسألة تكييف بالدرجة الأولى . إذ يتعين الوقوف على طبيعة المسألة المعروضة لمعرفة صفتها الموضوعية أو الإجرائية .

والتكييف يخضع — وفقاً لنص المادة العاشرة من القانون المدنى — للقانون المصرى بوصفه قانون القاضى . ومؤدى ذلك أنه يتعين الرجوع إلى المبادىء العامة فى القانون المصرى لمعرفة المسائل التى تدخل فى مضمون فكرة الإجراءات .

والواقع أن رسم الحدود الفاصلة بين ما يعتبر من مسائل الإجراءات، وما يعد من مسائل الموضوع ،هى مهمة شاقة لم يستطع الفقه حتى الآن ان يضع لها معياراً حاسما . ومرد الصعوبة أن هناك من الإجراءات ما يتصل بموضوع الدعوى إتصالا وثيقاً بحيث يتعذر النظر إليها بصفة مستقلة . ومن جهة أخرى فان قانون المرافعات يضم إلى جوار قواعده الإجرائية قواعد أخرى موضوعية مثل شروط مباشرة الدعوى وشروط صحة الخصومة (١) .

ونتولى فيما يلى بحث أهم المسائل التى يدق الخلاف فى شأن تحديد طبيعتها الإجرائية أو الموضوعية فنتصدى لدراسة شروط قبول الدعوى ،وإجراءات الخصومة ، والتقادم ، والإثبات ، ثم الحكم فى الدعوى وآثاره ، وأخيرا إجراءات التنفيذ .

---

(١) راجع فى هذا المعنى الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة — رقم ٧٩٣ .

٤٥ — أولا : شروط قبول الدعوى

يرى جانب من فقه المرافعات ان شروط قبول الدعوى هى الأهلية ، والصفة ، والمصلحة . ويفضل جانب آخر من هذا الفقه القول بأن المصلحة هى الشرط الوحيد لقبول الدعوى . فالأهلية شرط لصحة المطالبة القضائية وإجراءات الخصومة . أما الصفة فهى مجرد تعبير عن أحد شروط المصلحة وهو كونها شخصية ومباشرة (١) .

ومهما كان من أمر هذا الخلاف ، فان الذى يعنينا فى هذا المجال هو بيان القانون الواجب التطبيق فى شأن كل من الأهلية والصفة والمصلحة ، وهو ما نتولى بيانه فيما يلى .

(ا) أهلية التقاضى

لا تعتبر أهلية التقاضى وفقاً لما إنتهى إليه الفقه الراجح من مسائل الإجراءات ، وبالتالى فهى لا تخضع لقانون القاضى . وإنما تعتبر أهلية التقاضى مسألة موضوعية يحكمها قانون الجنسية وفقاً لنص المادة (١١) من القانون المدنى (٢) .

والحل لا يختلف بالنسبة لأهلية الشخص الإعتبارى للإلتجاء للقضاء ، فتلك بدورها مسألة موضوعية يحكمها القانون الذى يسرى على النظام القانونى للشخص المعنوى ، أى قانون مركز الإدارة الرئيسى الفعلى (٣) .

---

(١) راجع الدكتور عبد المنعم الشرقاوى . شرح المرافعات المدنية والتجارية . القاهرة ١٩٥٠ رقم ٢٦ .

(٢) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٢ و Bartin مبادىء القانون الدولى الخاص . الجزء الأول . رقم ١٧٦ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٩٥ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٨٧ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٦ والدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٦٦ .

(٣) Batiffol المطول . طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٢ .

والمقصود بأهلية التقاضى على هذا النحو هو أهلية الأداء اللازمة لمباشرة حق التقاضى بعد ثبوته للشخص . أما أهلية الوجوب . أو مدى حق الشخص فى الإلتجاء للقضاء إبتداء ، فهى تخضع لقانون الدولة التى يدعى الشخص تمتعه بالحق فى إقليمها ، وهو قانون القاضى فى هذه الحالة (١) . وللوطنيين عادة حق الإلتجاء إلى قضاء دولتهم . أما الأجانب فقد تقيد الدولة حقهم فى الإلتجاء إلى قضائها وفقاً لما تقضى به القواعد المنظمة لمركز الأجانب فيها (٢) .

(ب) صفة الخصوم .

رأينا ان جانبا من فقه المرافعات قد اعتبر صفة الخصوم فى الدعوى مجرد تعبير عن أحد شروط المصلحة وهى كونها شخصية ومباشرة . بينما ينظر جانب آخر من الفقه للصفة على أنها شرط مستقل لقبول الدعوى يقوم إلى جانب شرط المصلحة .

ومهما كان الأمر فان صفة الخصم فى الدعوى لا تعد من مسائل الإجراءات ،ولا تخضع بالتالى لقانون القاضى . ذلك أن معنى الصفة هى كون الشخص هو صاحب الحق أو نائبه . « ولا شك أن القانون الذى يحكم كون الشخص هو صاحب حق أم ليس صاحبا له هو القانون الذى يحكم الموضوع وليس قانون القاضى » (٣) .

وعلى ذلك فقانون جنسية المطلوب الحجر عليه هو الذى يبين من له

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٩٥ .

(٢) ومن ذلك نظام الكفالة القضائية المقرر فى القانون الفرنسى والذى يعد قيدا على حق الأجانب فى الإلتجاء الى القضاء . راجع ما قبله رقم ٤ .

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٩٦ .

الحق أو الصفة فى طلب الحجر (١) . كذلك فان قانون جنسية المورث هو الذى يبين من له الصفة فى رفع دعوى التعويض عن الضرر الذى لحق بالمورث (٢) .

وبالنسبة لصفة الشخص كنائب فى التقاضى عن غيره فقد اتفق الفقه على ان النيابة عن القاصر أو من فى حكمه تخضع لقانون جنسية من تجب حمايته (المادة ١٦ من القانون المدنى) . كذلك فان قانون مركز الإدارة الرئيسى هو الذى يبين من له حق تمثيل الشخص الإعتبارى أمام القضاء(٣).

أما عن مسألة مدى حق النيابة العمومية فى أن تكون خصما فى الدعوى فيسرى فى شأنها قانون القاضى باعتبار أن الأمر يتعلق فى هذا الفرض بتحديد إختصاص سلطة عامة وهى النيابة العامة (٤) .

ويثور الخلاف حول القانون الذى يسرى على صفة الدائن ومدى حقه فى رفع الدعوى غير المباشرة ، ودعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية) ، والدعوى الصورية .

فبالنسبة للدعوى غير المباشرة يرى جانب من الفقه الفرنسى إخضاعها لقانون القاضى بوصفها من إجراءات التنفيذ . ويضيف أنصار هذا الإتجاه قولهم ان الدعوى التى تخول للدائن الحق (أو الصفة) فى إستعمال حقوق مدينة هى دعوى ترمى إلى حماية مقتضيات الضمان العام فى الدولة التى رفع

(١) الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٦ .

(٢) راجع مؤلفنا فى تنازع القوانين السابق الإشارة إليه ص ٥٤٦ وأنظر الدكتور عزالدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٩٦ .

(٣) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٢ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٦ و ٣٧٧ والدكتور عز الدين عبد الله ص ٧٩٧ .

(٤) الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٧ والدكتور عز الدين عبد الله ص ٧٩٨ وأنظر فى فرنسا Batiffol المطول ص ٧٩٤ .

النزاع أمام محاكمها ، مما يبرر تطبيق قانون القاضى فى شأنها (١) .

ويبدو أن رفض الفقه الغالب فى فرنسا لإعتبار حق الدائن فى إستعمال حقوق مدينه من وسائل التنفيذ هو مادفع جانب آخر من الفقه هناك إلى تفضيل قانون موطن المدين . اذ تتركز فى هذا المكان عادة حقوق المدين ومصالحه (٢) .

ويوكد رأى ثالث ان إستعمال الدائن لحق المدين بمقتضى الدعوى غير المباشرة يخضع للقانون الذى يحكم هذا الحق (حق المدين) . فهذا القانون هو الذى يبين من هو صاحب الحق ومن هم خلفاؤه الذين يحق لهم إستعماله(٣).

ونحن نفضل القول مع جانب من الفقه الفرنسى والمصرى بأن تدخل الدائن باسم المدين لاستعمال حقوق هذا الأخير لا يضر بمصالح الغير ، مما يبرر اخضاع الدعوى غير المباشرة للقانون الذى يحكم حق الدائن سواء كان مصدر هذا الحق هو العقد أو المسئولية التقصيرية أو الإثراء بـلا سبب (٤) .

أما بالنسبة للدعوى البوليصية ، أى دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه ، فقد رأى البعض إخضاعها لقانون موطن الدائن ،على أساس أنه المكان الذى تتركز فيه الحقوق التى أراد المدين الإضرار بها (٥) .

---

(١) راجع هذا الاتجاه معروضاً ومنتقدا فى Arminjon موجز القانون الدولى الخاص . الجزء الثالث . رقم ٢٦٥ ص ٢٥٩ .

(٢) راجع Arminjon الموجز . الجزء الثانى رقم ١٣٧ . وقارن الجزء الثالث رقم ٢٦٥ .

(٣) Arminjon . الجزء الثالث . رقم ٢٦٥ . وهو يشير الى أنه قد عدل عن رأيه السابق والذى نادى به فى الجزء الثانى من مؤلفه . راجع الهامش السابق .

(٤) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٥٤١ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٨٩ .

(٥) Arminjon الجزء الثالث رقم ٢٦٦ ص ٢٦٠ .

ويرى البعض الآخر تطبيق قانون القاضى باعتبار أن هذه الدعوى تعد تمهيدا للتنفيذ الجبرى، وتتضمن تحديدا لمدى حق الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه (١) .

ويفضل جانب من الفقه المصرى هذا الحل الأخير سواء بالنسبة للدعوى البوليصية أو الدعوى غير المباشرة لكونه « أكثر تمشيا من غيره مع أحكام القانون المصرى (المواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٥ من القانون المدنى) » (٢) .

ويؤكد جانب آخر سلامة هذا الحل ليس فقط بالنسبة للدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة ، بل وأيضاً بالنسبة للدعوى الصورية (٣) .

ونحن نميل مع ذلك إلى القول مع بعض الشراح بأن تدخل الدائن للطعن بعدم نفاذ تصرف المدين (الدعوى البوليصية) أو للطعن بهذا التصرف بالصورية قد يضر بمصلحة الغير . ولهذا يحسن إخضاع دعوى عدم نفاذ التصرفات للقانون الذى يحكم حق الدائن الطاعن والقانون الذى يحكم التصرف المطعون فيه ، وهو ما ينتهى بالضرورة الى تطبيق القانون الأكثر تشدداً . ومؤدى ذلك أنه لا يجوز للدائن الطعن إلا إذا كانت الدعوى معترفاً بها وفقاً للقانون الذى يخضع له حقه والقانون الذى يسرى فى شأن تصرف المدين المراد عدم نفاذه (٤) .

---

(١) راجع L. Pigeonniere مشار إليه فى مؤلف الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٧ هامش (٣) .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٩٧ .

(٣) الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٧ و ٣٧٨ . وهو يؤكد رأيه بالقول بأن « المشرع المصرى ينظم الدعاوى الثلاث فى المواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٥ من القانون المدنى فى الفصل الخاص بما يكفل حقوق الدائنين تحت عنوان (وسائل التنفيذ) » .

(٤) راجع Batiffol المطول . طبعة ١٩٦٧ رقم ٥٤١ ص ٥٨٧ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٨٩ .

وتخضع دعوى الصورية وفقاً لهذا الإتجاه لكل من القانون الذى يحكم حق الدائن الطاعن بالصورية.والقانون الذى يخضع له التصرف الصورى المطعون فى جديته (١) .

(حـ) المصلحة

إستلزم جانب من فقه المرافعات فى المصلحة عدة شروط (٢) . أولها ان تكون المصلحة قانونية . أى ان يكون لرافع الدعوى حق يريدحمايته ، وتلك بالضرورة مسألة موضوعية تخضع للقانون الذى يسرى فى شأن الحق المدعى به . وثانيهما ان تكون المصلحة شخصية ومباشرة ، وهو ما يقصد به ان يكون للمدعى صفة فى رفع الدعوى . وقد سبق أن تولينا دراسة الصفة والقانون الذى تخضع له .

أما الشرط الثالث فى المصلحة وهو أن تكون قائمة وحالة فيقصد به عدم شغل القضاء بالقضايا التى لا طائل وراءها، وتلك مسألة تتعلق بتنظيم مرفق القضاء فى الدولة وتخضع بالتالى لقانون القاضى (٣) .

وعلى ذلك فان قانون القاضى هو الذى يحدد ما اذا كان يشترط فى المصلحة ان تكون قائمة وحالة ، وكذلك الأحوال التى يكتفى فيها بالمصلحة الإحتمالية (٤) .

---

(١) الدكتور شمس الدين الوكيل . المرجع السابق ص ١٨٩ .

(٢) راجع أستاذنا الدكتور رمزى سيف . دروس فى نظرية الدعوى (على الآلة الكاتبة) ملقاه على طلبة السنة الثالثة بكلية الحقوق . جامعة القاهرة . العام الدراسى ١٩٥٥ — ١٩٥٦ . ص ٤ وما بعدها .

(٣) راجع الدكتور منصور مصطفى منصور . ص ٣٧٨ .

(٤) وتنص المادة ٣ من قانون المرافعات الجديد — والمقابلة لنص المادة ٤ من القانون القديم — على أنه « لا يقبل أى طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محدق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه » .

٤٦ — ثانيا : اجراءات الخصومة

تخضع إجراءات الخصومة منذ نشأتها إلى أن تنتهى لقانون القاضى . فهذا القانون هو الذى يسرى فى شأن « البيانات التى يجب ان تتوفر فى صحيفة إفتتاح الدعوى . ومواعيد الحضور ، وجزاء النقص فى هذه البيانات ومخالفة المواعيد . وقيد الدعوى وميعاده وجزاء عدم القيد فى الميعاد . وأثر غياب الخصوم فى سير الخصومة . ووقف الخصومة ، وانقطاعها . وانقضائها بغير حكم فى الموضوع سواء كان هذا الإنقضاء بالحكم بسقوطها أو بالتقادم أو باعتبارها كأن لم تكن أو بتركها » (١) .

٤٧ — ثالثا : التقادم

يعد التقادم المسقط من الموضوعات التى أثارت جدلا فقهيا صاخبا فى القانون الدولى الخاص .

ويتجه القضاء الأنجلو سكسونى بصفة عامة إلى تطبيق قانون القاضى فى شأن التقادم بوصفه من مسائل الإجراءات (٢) .

ويميل جانب من الفقه الفرنسى إلى الأخذ بنفس هذا الحل على أساس تعلق التقادم بالدعوى أكثر من تعلقه بالموضوع (٣) .

ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسى مؤيدا من بعض أحكام القضاء هناك تطبيق قانون موطن المدين ، على أساس أن التقادم يهدف أساساً إلى حماية المدين (٤) .

---

(١) الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٠ .

(٢) راجع فى ذلك Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٣ وراجع أيضاً الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٩ .

(٣) راجع Bartin . مبادىء القانون الدولى الخاص . الجزء الأول . رقم ١٧٢ .

(٤) راجع الاشارة إلى الأحكام التى إتجهت نحو هذا المعنى فى Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٣ .

ونحن نفضل القول مع بعض الفقه الفرنسى والمصرى بخضوع التقادم للقانون الذى يحكم الموضوع . فالتقادم طريقة من طرق إنقضاء الحق . ومن ثم فان القانون الذى يسرى فى شأنه هو نفس القانون الذى يحكم الحق موضوع النزاع (١) .

ولا شك ان هذا الحل الأخير يتجنب مفاجأة الدائن صاحب الحق بسقوط حقه بالتقادم وفقاً لقانون موطن المدين فيما لو غير هذا الأخير موطنه الأصلى (٢) .

ويترتب على هذا الإتجاه ان يخضع التقادم فى دعاوى الحالة للقانون الشخصى بوصفه القانون الذى يحكم الموضوع (٣) . كما يخضع التقادم المسقط للحق العينى لقانون موقع المال لتعلق الأمر فى هذا الفرض بمركز الأموال أسوة بالتقادم المكسب (٤) .

٤٨ - رابعا : الاثبات

لعل الإثبات من أشق المسائل التى تدق فى شأنها التفرقة بين الاجراءات والموضوع . فمن قواعد الاثبات ما يتصل بالموضوع . ومنها ما يتعلق بالإجراءات . بل وان هناك من قواعد الاثبات ما يصعب القول بصفتها الإجرائية البحتة ، أو طبيعتها الموضوعية الخالصة (٥) .

---

(١) ومن هذا الرأى فى فرنسا Batiffol المرجع السابق ص ٧٩٤ وفى مصر : أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٠ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٩ .

(٢) راجع فى هذا المعنى الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٩٩ .

(٣) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق ص ٧٩٩ .

(٤) راجع Batiffol المطول ص ٧٩٤ .

(٥) راجع فى هذا الموضوع بصفة خاصة :

Huet (A), Les Conflits de lois en matière de Preuve.

رسالة للدكتوراه مقدمة إلى جامعة ستراسبورج - باريس ١٩٦٥ .

ولذلك فان تكييف قواعد الإثبات والبحث فى طبيعتها الموضوعية أو الإجرائية يقتضى دراسة كل من قواعد الإثبات على حده (١) .

ولهذا البحث كما لا يخفى أهميته البالغة . إذ ينطبق قانون القاضى فى شأن قواعد الإثبات التى تتسم بالطابع الإجرائى . بينما تخضع القواعد الموضوعية فى الإثبات للقانون الذى يحكم الحق موضوع الدعوى .

بل وان هناك من قواعد الإثبات كما سنرى ما يتصل بفكرة الشكل ويخضع بالتالى للقانون الذى يحكمه .

ولعله من المفيد أن نشير من البداية – وقبل التصدى لهذه الدراسة – إلى أن قواعد الاثبات التى ستكون محلا للبحث على النحو الذى رأيناه هى قواعد إثبات الوقائع . وقد تبدو هذه الملاحظة بديهية على أساس ان قواعد القانون ليست محلا للإثبات ،وإنما يفترض فى القاضى العلم بها . ومع ذلك فان لهذه الملاحظة أهميتها إذا عرفنا أن الفقه الحديث لا يميل الى افتراض علم القاضى بالقانون الأجنبى ، وإنما هو يلزمه بالكشف عن مضمون هذا القانون مع تأكيد حقه فى طلب معاونة الخصوم فى هذا البحث . بل وان

(١) وقد كانت قواعد الإثبات فى مصر موزعة بين كل من قانون المرافعات والقانون المدنى . فقد تضمن قانون المرافعات الأحكام الإجرائية فى الاثبات ، بينما تناول القانون المدنى قواعده الموضوعية . وقد نحى المشرع فى ذلك منحى التشريعات اللاتينية وخلافا للتشريعات الجرمانية والتى فضلت إلحاق قواعد الإثبات بقانون المرافعات . وقد عدل المشرع المصرى موقفه السالف فأفرد للإثبات قانوناً مستقلا يتضمن قواعده الموضوعية والإجرائية على السواء (القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فى شأن الإثبات فى المواد المدنية والتجارية) . وقد تأثر المشرع المصرى فى ذلك بمنهج التشريعات الأنجلو سكسونية . وقد أشارت المذكرة الايضاحية إلى ان المشرع قد جمع قواعد الإثبات فى تقنين مستقل « لما رآه فى ذلك من تيسير على صاحب الحق فى التعرف على ما يستند حقه من دليل وطريق تقديمه للقضاء وتجنب الصعوبات التى تنجم عن تشتيت مواد الاثبات بين القانون المدنى وقانون المرافعات مع الصلة الوثيقة التى تجمعها حتى ليتعذر فى كثير من الصور تحديد ما هو منها موضوعى خالص أو إجرائى خالص ، بل انه لو أمكن ذلك لما كان مرغوبا فيه اذ ان كليهما ينبنى حكمه على الآخر . . . » .

هناك من النظم القانونية ما يلقى على الخصوم بعبء الكشف عن أحكام القانون الأجنبى . ومن هنا تبدو أهمية تحديد القانون الذى يبين من يقع عليه واجب البحث عن القانون الأجنبى واثبات مضمونه ، وكذلك الطرق التى يجوز الإلتجاء إليها للكشف عن أحكام هذا القانون .

واذا كنا لا نتشكك فى خروج مثل هذا البحث عن نطاق دراستنا هذه لتعلقه بمشكلة أعم هى « مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى »(١) ، إلا أنه من الخير ان نشير هنا إلى أن قانون القاضى دون غيره هو المرجع فى حسم هذه المشكلة (٢) .

وعلى ذلك فان القانون المصرى هو الذى يبين للقاضى فى الجمهورية العربية المتحدة ما اذا كان ملزما بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى الذى تشير قاعدة الإسناد باختصاصه بحكم النزاع المطروح أمامه . أم أن عبء إثبات هذا القانون يقع على عاتق الخصوم . ومن جهة أخرى فان القانون المصرى هو الذى يحدد الطرق التى يجوز للقاضى أو للخصوم فى مصر ان يستخدموها للكشف عن أحكام القانون الأجنبى .

وباستبعاد القواعد المتعلقة بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى ، والتى ينطبق فى شأنها قانون القاضى على نحو ما رأينا ، فان مجال دراستنا فى هذا المقام يتحدد ببيان القانون الواجب التطبيق على القواعد الخاصة باثبات الوقائع ، وهو ما يقتضى التصدى لكل مسألة من مسائل الإثبات على حدة لتحديد طبيعتها وبيان صفتها الإجرائية أو الموضوعية .

ويمكن القول من البداية أن هناك من قواعد الإثبات ما يمكن ان يسمى

---

(١) راجع فى هذا الموضوع : رسالتنا فى مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى . الأسكندرية ١٩٦٧ .

(٢) راجع رسالة Huet السابق الاشارة إليها رقم ١٠٤ وما بعده .

بالقواعد الإجرائية أو التنظيمية ، وهى القواعد التى تتعلق بسير الدعوى دون أن تمس موضوع النزاع . وهناك على العكس القواعد الفاصلة أو الحاسمة فى الاثبات ، وهى القواعد التى لها تأثير مباشر على الحكم الصادر فى موضوع الدعوى .

وعلى هذا النحو ، وفى ضوء التفرقة السابقة ، نتناول فيما يلى دراسة محل الاثبات ، وعبء الاثبات ، وطرقه أى ما يقبل من الأدلة فى الدعوى ، ثم قوة الدليل فى الاثبات ، وأخيرا إجراءات تقديم الدليل ، وكيفية إتخاذ إجراءات الإثبات خارج إقليم الدولة أى الإنابة القضائية .

٤٩ — محل الاثبات

يخضع محل الإثبات وفقاً للرأى السائد للقانون الذى يحكم موضـــوع النزاع . فتحديد محل الإثبات يعد أمراً فاصلا فى موضوع الدعوى، مما يبرر الزجوع فى شأنه للقانون الذى يحكم الموضوع (١) .

وعلى ذلك فان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو الذى يحدد الوقائع التى يتولد عنها الحق المدعى به ، أى الوقائع التى يتعين على المدعى اثباتها حتى يتمكن من الحصول على حقه . وبذلك فان القانـــون الواجب التطبيق على النسب الشرعى من حيث وجوده هو الذى يبين الواقعة التى ينصب عليها إثبات النسب . ففى دعوى اثبات النسب الشرعى التى يطلب فيها الإبن الانتساب إلى أبيه ، فان قانون جنسية الأب — وهو

(١) راجع Lerebours-Pigeonniere et Loussouarn موجز القانون الدولى الخاص . رقم ٤٣٥ ص٥٢٧ و Arminjon . الموجز . الجزء الثالث رقم ٤٠٥ و Batiffol المطول رقم ٧٠٦ . وانظر فى الفقه المصرى : الدكتور شمس الدين الوكيل . مذكرات فى القانون الدولى الخاص . المرجع السابق ص ١٩٢ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٠ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٠ [illegible]

القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى (١) — هو الذى يحدد الواقعة محل الإثبات ، كأن يقرر مثلا ضرورة إثبات واقعة انتساب الابن الى أمه حال قيام رابطة الزوجية بينها وبين الأب المراد الإنتساب إليه (المدعى عليه) .

ويشير البعض بحق إلى أنه لو كان القانون الذى يحكم الموضوع هو الذى يحدد الواقعة الأصلية محل الإثبات والتى يتولد عنها الحق المدعى به مباشرة ، فان قانون القاضى هو المرجع — على العكس — فى شأن بيان الوقائع المجاورة التى يعد إثباتها قرينة يمكن أن تؤدى عقلا وبطريق غير مباشر الى ثبوت الواقعة الأصلية (٢) . فبيان مدى تعلق الواقعة المجاورة بالدعوى هو أمر يقدره القاضى وفقاً لقانونه . كذلك فان هذا القانون — أى قانون القاضى — هو الذى يبين ما إذا كانت الوقائع المجاورة منتجة فى الدعوى Concluant ، أى ما إذا كان يتوفر بها عنصر من عناصر الإقناع من عدمه . ذلك أن مدى تعلق الوقائع المجاورة بالواقعة الأصلية محل النزاع ، وكذلك مدى تأثيرها على وجه الحكم فى الدعوى ، هى مسائل تتصل أولا وأخيراً بتكوين إقتناع القاضى ، ومن ثم فانه يتعين تركها لمطلق تقديره فى ضوء المبادىء العامة السائدة فى قانونه (٣) .

ومؤدى هذا الرأى اذن أن المرجع فى تقدير القرائن القضائية هو قانون القاضى . فللقاضى حرية استخلاص القرائن القضائية دون تقيد بما يقضى به القانون الأجنبى الذى يسرى على موضوع الدعوى . ويترتب على ذلك

---

(١) راجع فى بيان القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعى . مؤلفنا فى تنازع القوانين السابق الإشارة إليه رقم ١٤٥ .

(٢) راجع : Huet, Les Conflits de lois en matière de Preuve الرسالة السابق الاشارة اليها فقرة ١١٤ .

(٣) Huet الرسالة السابق الإشارة إليها ص ١٤٤ .

ان من حق القاضى الإعتداد باثبات الواقعة المجاورة كقرينة على ثبوت الواقعة الأصلية بما ينطوى عليه ذلك من تحويل للإثبات إلى الخصم الآخر .

هذا عن تقدير القاضى لمدى إرتباط الواقعة المجاورة بالواقعة الأصلية ومدى تأثيرها على وجه الحكم فى الدعوى . وبالتالى مدى سلطته فى استخلاص القرينة القضائية. أما بالنسبة لتحديد الأحوال التى يجوز له فيها أصلا إستخدام القرائن القضائية كوسيلة من وسائل الإثبات فهو أمر يرجع فى شأنه إلى القانون الذى يحكم الموضوع . فسنرى فيما بعد ان بيان ما يقبل من الأدلة فى الدعوى هو أمر وثيق الصلة بالموضوع ،ومن ثم فهو يخضع كأصل عام للقانون الواجب التطبيق على النزاع (١) .

٥٠ — عبء الاثبات

يتفق الفقه الغالب على خضوع عبء الإثبات — أسوة بمحله — للقانون الذى يحكم الموضوع . فتحديد الخصم الذى يقع عليه عبء إثبات الوقائع الأصلية التى يتولد عنها الحق المدعى به هو أمر وثيق الصلة بموضوع الدعوى، وهو ما يبرر الرجوع فى شأنه للقانون الواجب التطبيق على النزاع (٢) .

وقد لاحظ جانب من الشراح بحق أنه من النادر أن يشير القضاء إلى إختصاص القانون الذى يحكم الموضوع فى شأن عبء الإثبات . ويرجع ذلك إلى أن كافة تشريعات العالم تتبنى قاعدة موحدة فى شأن عبء الإثبات . فليس هناك على حد ما نعلم تشريع يلقى بعبء الاثبات على غير المدعى(٣) .

---

(١) Huet السابق رقم ١٩٠ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ .

(٢) راجع Batiffol المطول رقم ٧٠٦ و Lerebours–Pigeonniere et Loussouarn الموجز رقم ٤٣٥ والدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق ص ٨٠٠ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٢ .

(٣) راجع رسالة Huet ص ١٤٦ .

واذا كان المبدأ يبدو على هذا النحو واضحاً، ولا يثير فى أصوله العامة تنازعاً بين القوانين . إلا أن إعمال هذا المبدأ من الوجهة العملية ليس بمثل هذه السهولة الظاهرة . فنحن نعلم أنه قد يتعذر عملا على المدعى ان ينجح فى إثبات الواقعة الأصلية التى يتولد عنها الحق المدعى به . ولهذا يجرى القضاء عادة على تخويل المدعى حق إثبات واقعة مجاورة يؤدى ثبوتها عقلا إلى ترجيح صدق دعواه . ومن ثم ينتقل عبء الإثبات إلى خصمه (المدعى عليه) .

وتناوب إنتقال عبء الإثبات على النحو السالف بمقتضى القرائن القضائية هو أمر يتصل بكيفية تكوين إقتناع القاضى ، وهو يخضع بهذا الوصف لقانون القاضى على نحو ما رأينا .

والأمر يختلف تماما بالنسبة للقرائن القانونية التى يقيمها الشارع لصالح المدعى الذى قد يتعذر عليه إثبات الواقعة الأصلية المنشئة لحقه . ذلك أن هذه القرائن ترتبط بموضوع النزاع إرتباطا وثيقاً . فالمشرع إذ يقيم قرينة معينة ليتحول بها الإثبات من الواقعة المنشئة للحق والمتعذر إثباتها إلى واقعة مجاورة، فهو يسهل بذلك من مهمة المدعى الذى يكفيه إثبات الواقعة المجاورة لتكون قرينة على ثبوت الواقعة الأصلية ، ومن ثم ينتقل عبء الإثبات الى المدعى عليه . والمشرع ،وهو يحرص على النص على بعض القرائن القانونية على هذا النحو ،فهو يهدف إلى إعتبارات تتصل إتصالا وثيقاً بالحق موضوع النزاع . ومن هنا يتعين إخضاع القرائن القانونية للقانون الذى يحكم الحق المدعى به ، أى قانون الموضوع (١) .

---

(١) راجع Bartin مبادىء القانون الدولى الخاص . الجزء الأول . رقم ١٧٧ و Lerebours-Pigeonniere et Loussouarn ص٥٢٧ و Huet السابق رقم ٦٤ ورقم ١٢٢ وما بعده . وراجع فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله ص ٨٠٠ وما بعدها والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٥٨١ .

ونشير فى النهاية إلى أن القرائن القانونية قد تخضع مع ذلك لقانون القاضى فى المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبيا، وذلك فيما لو كانت القرينة عنصراً من عناصر الكشف عن ضابط الإسناد . فالقاعدة المستقرة فى معظم دول العالم هى إخضاع الإلتزامات التعاقدية لقانون الإرادة (المادة ١/١٩ من القانون المدنى المصرى) . فاذا لم يعلن المتعاقدون عن إرادتهم الصريحة فى تطبيق قانون معين ، تعين على القاضى أن يكشف عن إرادتهم الضمنية(١) . وفى هذا السبيل تقرر بعض النظم القانونية عدة قرائن يستهدى بها القاضى فى الكشف عن الإرادة الضمنية . وقانون القاضى هو الذى يختص بداهة ببيان القرائن التى يمكن للقاضى ان يعتمد عليها فى هذا البحث . فالأمر هنا يتعلق ببيان عناصر قاعدة الإسناد ولا شأن له بموضوع النزاع (٢) . فقانون القاضى هو الذى يبين مثلا ما إذا كان تنفيذ العقد فى دولة معينة يعد قرينة على رغبة المتعاقدين فى تطبيق قانون هذه الدولة من عدمه .

واذا ما تم للقاضى تحديد القانون الواجب التطبيق فى شأن موضوع النزاع ، فان هذا القانون — ولو كان قانونا أجنبيا — هو المرجع بعد ذلك فى شأن القرائن القانونية المتعلقة باثبات الحق المدعى به على نحو ما رأينا .

٥١ — طرق الاثبات ، أو ما يقبل من الأدلة

إختلف الفقه إختلافا بينا حول القانون الواجب التطبيق على بيان ما يقبل من الأدلة فى الإثبات .

ويميل جانب من الفقه إلى تطبيق قانون القاضى فى شأن طرق الإثبات . فبيان ما يقبل من الأدلة وما لا يقبل هو أمر يتعلق بكيفية إقتناع القاضى ومدى ثقته فى الأدلة المقدمة . لذلك فان قانون القاضى هو الذى يحدد

---

(١) راجع مؤلفنا فى تنازع القوانين . الأسكندرية ١٩٦٩ رقم ١٨١ .

(٢) Huet المرجع السابق رقم ١٢٦ .

طرق الإثبات . أى ما يقبل من الأدلة فى الدعوى (١) .

وهكذا تعتبر طرق الإثبات وفقاً لهذا الإتجاه من مسائل الإجراءات التى تخضع لقانون القاضى (٢) .

وقد قيل فى الرد على ذلك فى فرنسا أنه ليس صحيحاً أن بيان الأدلة المقبولة فى الإثبات هو أمر يتعلق بمطلق تقدير القاضى وإقتناعه . ذلك أن القاضى يتقيد فى تكوين عقيدته بطرق الإثبات التى حددها القانون . فهو غير ملزم بالبحث عن الحقيقة المجردة ، وإنما هو يبحث فى واقع الأمر عن الحقيقة القضائية الثابتة بمقتضى الأدلة التى حددها القانون والتى يتعين عليه قبولها ولو لم يكن مقتنعاً بها فى إثبات الحق المدعى به (٣) . ومن هنا كان القول بأن الإثبات يؤدى إلى حقيقة ظنية لا حقيقة قطعية (٤) .

وما دام الأمر كذلك فانه يبدو لنا أن الإتجاه الذى أضفى على طرق الإثبات طابع إجرائى لينتهى الى تطبيق قانون القاضى فى شأنها — على أساس ان الأمر يتعلق أولا وأخيرا بكيفية إقتناع القاضى ومدى ثقته فى الأدلة المقدمة — هو إتجاه يفتقر إلى الأساس السليم ، على الأقل فى البلاد التى

---

(١) راجع هذا الإتجاه معروضاً فى Batiffol السابق رقم ٧٠٧ .

(٢) راجع هذا الإتجاه فى الفقه الايطالى معروضاً فى : Quadri, Sur la loi applicable aux moyens de Preuve تعليق على حكم محكمة النقض المصرية (الدائرة المدنية) الصادر فى ٨ يناير ١٩٥٣ والمنشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى . المجلد التاسع ١٩٥٣ ص ١٣٤ وما بعدها من القسم الأجنبى . ويؤيد العميد عز الدين عبد الله فى مصر إخضاع طرق الإثبات كقاعدة عامة لقانون القاضى . راجع مؤلفه السابق الاشارة إليه ص ٨٠٤ .

(٣) راجع رسالة Huet السابق الإشارة إليها رقم ٢٧ .

(٤) راجع فى ذلك الدكتور عبد المنعم فرج الصده : الإثبات فى المواد المدنية . الطبعة الثانية . القاهرة ١٩٥٤ ص ٦٠ .

لا يسود فيها مبدأ الإثبات المطلق كما هو الشأن فى كل من فرنسا ومصر (١).

ولهذا فنحن نميل مع جانب آخر من الفقه إلى القول بأن تحديد طرق الإثبات وبيان ما يقبل من الأدلة فى الدعوى هو أمر وثيق الصلة بموضوع النزاع . مما يبرر إخضاعه كقاعدة عامة لنفس القانون الذى يحكم الحق المدعى به . فالقانون الذى يحكم الموضوع هو الذى يبين مثلا ما إذا كان من الجائز قبول كل من الشهادة والإقرار واليمين الحاسمة كدليل فى الإثبات من عدمه (٢) .

ويبدو أن القضاء المصرى قد أيد هذا الحل . فقد جاء فى حيثيات حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٨ يناير ١٩٥٣ أنه « لما كان طرفا الدعوى فرنسيين والقانون الواجب التطبيق فى هذا الخصوص هو القانون الفرنسى ، سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو بالدليل المقبول فيها ..»(٣) . ومؤدى ذلك أن المحكمة قد رأت الرجوع إلى القانون الأجنبى الذى يحكم موضوع الدعوى فى شأن الأدلة المقبولة فيها .

---

(١) والأمر يختلف فى الدول التى تأخذ بمبدأ الإثبات الحر أو المطلق، حيث لايحدد القانون طرقا معينة للإثبات ، وإنما يكون الاثبات بأى وسيلة ممكنة توصل الى اقناع القاضى،كما هو الشأن فى كل من المانيا وسويسرا وانجلترا والولايات المتحدة . راجع فى بيان المذاهب المختلفة فى الإثبات . الدكتور عبد المنعم فرج الصدة . المرجع السابق . ص ٧ وما بعدها.ولعل ذلك هو ما دفع فقه القانون الدولى الخاص فى ألمانيا إلى إخضاع طرق الإثبات لقانون القاضى . فالقاضى الألمانى يتمتع بحرية كبيرة فى تقصى الحقيقة ، ولذا يبدو طبيعيا ان يرفض الفقه هناك تطبيق القوانين الأجنبية فى شأن بيان الأدلة المقبولة فى الدعوى حتى لا يؤدى ذلك الى تقيد القضاء بطرق محددة فى الإثبات قد تتنافى مع حريته الواسعة فى تكوين إقتناعه . أنظر فى الإشارة إلى هذا المعنى : الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٠ هامش (١) .

(٢) راجع Lerebours–Pigeonniere et Loussouarn الموجز رقم ٤٣٥ وراجع فى مزيد من التفصيل رسالة Huet السابق الاشارة اليها رقم ١٦٥ وما بعده . وأنظر فى الفقه المصرى الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٢٥ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٢ .

(٣) مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى س ٤ العدد الثالث ص ٣٥٥ .

ويسلم جانب من أنصار تطبيق قانون القاضي على طرق الإثبات بضرورة إفساح المجال للقانون الذى يحكم الحق المدعى به لبيان الدليل المقبول فى الدعوى ، وذلك فى الفروض التى تكون الأدلة فيها وثيقة الصلة بالموضوع كما هو الشأن فى إثبات البنوة الشرعية (١) .

أما بالنسبة لطرق الإثبات التى لا تتصل بموضوع الدعوى إتصـــالا وثيقا فانه يتعين الرجوع فى شأنها — وفقاً لهذا الإتجاه — لقانون القاضى . ولهذا إنتقد جانب من الفقه المصرى المؤيد للرأى السالف حكم محكمة النقض المصرية السابق الاشارة إليه لأنه قد أخضع مسألة قبول الدليل فى دعوى التطليق المعروضة أمامها للقانون الفرنسى بوصفه القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى دون أن يشير إلى وجود صلة وثيقة بين موضوع النزاع والدليل المقدم فى شأنه (٢)

ورغم اختلاف الشراح على النحو السالف بين مؤيد لتطبيق قانون القاضى على طرق الإثبات — على الأقل بالنسبة للأدلة غير الوثيقة الصلة بالموضوع — ومحبذ لإخضاع مسألة قبول الأدلة للقانون الذى يحكم الموضوع ، إلا أن غالبيتهم قد إتفقوا مع ذلك على تأكيد إستثناء هام مؤداه خضوع الدليل الكتابى المعد لإثبات التصرفات القانونية للقانون المحلى، تطبيقاً لقاعدة خضوع

---

(١) راجع Quadri, فى تعليقه المنشور بالمجلة المصرية للقانون الدولى والسابق الإشارة إليه ص ١٣٦ ، ١٣٧ . وأنظر فى تأييد هذا المعنى فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٤ . فبعد أن بين أن طرق الإثبات تخضع كقاعدة عامة لقانون القاضى ، عاد فأورد على هذا المبدأ عدة تحفظات أولها خضوع القرائن القانونية للقانون الذى يحكم الموضوع لكونها وثيقة الصلة به ولأنه يترتب عليها تحول فى عبء الإثبات. وثانيها خضوع إثبات التصرف للقانون الذى يحكم شكله (على نحو ما سنرى فيما بعد) وثالثهما خضوع قبول الدليل للقانون الذى يحكم الموضوع « عندما يكون موجها لخدمة نظام قانونى معين وثق المشرع فى شأنه الصلة بين الإثبات والموضوع على وجه يتعذر الفصل ما بينهما » .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق ص ٨٠٧ وهو يشير إلى أنه « لو عللت المحكمة قضاءها بأن قبول الدليل فى دعوى التطليق وثيق الصلة بنظام التطليق ذاته ، ومن ثم يخضع للقانون الذى يحكمه ، لكان هذا القضاء أكثر قبولا وترحيبا » وقارن Quadri فى تعليقه على الحكم فى المجلة المصرية للقانون الدولى — ١٩٥٣ ص ١٣٧ وهو يرى أنه كان يتعين على المحكمة تطبيق القانون المصرى ، بوصفه قانون القاضى ، على مسألة قبول الدليل المقدم إلى المحكمة فى دعوى التطليق لأنه — أى الدليل — ليس وثيق الصلة بموضوع الدعوى فى هذا الحالة .

الشكل لقانون بلد الإبرام (١) .

وأساس هذا الحل الأخير أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابى لإثبات التصرف هى مسألة تدخل فى مضمون فكرة شكل التصرفات وتخضع بالتالى للقانون المحلى (٢) .

على أنه لما كانت قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلى تقوم أساساً على إعتبارات التيسير على المتعاقدين ، فقد سلم الفقه بأن للقاضى ان يستغنى عن الدليل الكتابى الذى يتطلبه القانون المحلى مادام ان قانونه لا يشترط هذا الدليل (٣) .

وننتهى بذلك إلى ان تحديد القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات يقتضى فى تقديرنا التفرقة بين الأدلة المكتوبة المعدة لإثبات التصرفات القانونية وبين غيرها من الأدلة الأخرى . فقد رأينا ان مسألة لزوم أو عدم

---

(١) راجع Lerebours–Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٤٣٥ و Batiffol المطول رقم ٧٠٧ وأنظر فى عرض هذا الإتجاه فى إيطاليا Quadri فى تعليقه السابق الإشارة اليه ص ١٣٦ وراجع فى مزيد من التفصيل رسالة Huet رقم ٩١ وما بعده ورقم ١٣٧ ومابعده. وأنظر فى مصر : الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٥٨٠ وأستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٢ والدكتور عز الدين عبد الله ص ٨٠٤ ، ٨٠٥ .

(٢) راجع مؤلفنا فى تنازع القوانين ص ٣١١ و ٣١٢ .

(٣) راجع فى ذلك Batiffol المطول رقم ٧٠٧ ورسالة Huet رقم ١٣٧ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٢ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٥٨١ والدكتور عز الدين عبد الله ص ٨٠٥.وراجع أيضاً مؤلفنا فى تنازع القوانين ص ٣١١ ، ٣١٢ . وقد ذهب البعض إلى حد القول بإخضاع كافة الأدلة المقبولة لإثبات التصرفات القانونية للقانون المحلى . ومؤدى هذا الرأى هو خضوع الدليل أيا كان — ولو لم يكن كتابيا — للقانون الذى يحكم شكل التصرفات . راجع هذا الاتجاه معروضاً فى رسالة Huet رقم ٩١ . وقد انتقد الفقه الغالب هذا الاتجاه لكونه قد ربط دون مبرر بين فكرة الشكل وبين جميع الأدلة المقبولة لإثبات التصرف القانونى،فى حين ان مسألة مدى لزوم الدليل الكتابى المعد Preconstitue فى الإثبات هى وحدها التى يمكن ان تدخل فى مضمون فكرة الشكل . راجع فى ذلك Batiffol رقم ٧٠٧ ورسالة Huet ص ١١٣ وما بعدها .

لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف القانوني تخضع للقانون المحلي . ما لم يكن قانون القاضي يجيز اثبات التصرف بغير هذا الدليل نزولا على إعتبارات التيسير التي تقوم عليها قاعدة الشكل .

أما بالنسبة للأدلة الأخرى سواء الأدلة المعدة لإثبات الوقائع أو تلك المعدة لاثبات التصرفات القانونية فهي تخضع ، وفقاً للرأي الذي إنتصرنا له ، للقانون الذي يحكم الموضوع . فقد مضت الإشارة إلى ان تحديد مايقبل من الأدلة في الدعوى هي مسألة وثيقة الصلة بالموضوع ، وبالتالي فمن الخير إخضاعها للقانون الواجب التطبيق على النزاع .

وعلى ذلك فلا يجوز للقاضي أن يقبل الشهادة أو الإقرار أو اليمين إلا في الحالات التي يجيزها القانون الذي يحكم الموضوع . وقد سبق أن بينا ان القرائن القانونية تخضع بدورها للقانون الذي يحكم النزاع لكونها هي الأخرى وثيقة الصلة بالموضوع . بل وان مدى حرية القاضي في إستخدام القرائن القضائية هو أمر يرجع في شأنه أيضاً للقانون الذي يحكم الموضوع . فليس للقاضي ان يستخدم سلطته في استنباط القرائن القضائية كطريقة من طرق الإثبات إلا في الأحوال التي يجيزها القانون الذي يحكم الموضوع (١) . أما بالنسبة لمدى حريته في استنباط القرينة القضائية في الفروض المسموح له فيها باستخدام هذه الوسيلة من وسائل الإثبات ، فهي مسألة متروكة لتقديره في ضوء المبادىء العامة السائدة في قانونه على نحو ما رأينا من قبل (٢) .

ونشير في النهاية إلى أن اختصاص القانون الذي يحكم الموضوع ببيان ما يقبل من الأدلة في الدعوى لا يمنع من إستبعاد هذا القانون عند مخالفته للنظام العام في مصر ، أو فيما لو رفض المشرع الأخذ بهذا الدليل بنص

---

(١) راجع في ذلك : رسالة Huet السابق الاشارة إليها رقم ١٩٠ .

(٢) راجع ما قبله رقم ٥٠ .

صريح (١) . من ذلك ما تقضي به المادة ٨٩٩ من قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ فى شأن الدعاوى الخاصة بعلاقات الزوجية وحضانة الأولاد وحفظهم من أنه « لا يجوز توجيه اليمين إلى أحد طرفى الخصومة عن الوقائع التى بنيت عليها الدعوى ولا يجوز فيها سماع شهادة الأولاد » (٢) .

٥٢ — قوة الدليل فى الاثبات

تتجه غالبية الشراح إلى إخضاع قوة الدليل فى الإثبات لنفس القانون الذى يحكم الدليل ذاته .

ولهذا يكاد ان يجمع الفقه على ان القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية (القانون المحلى) . والذى يسرى فى شأن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابى لإثبات التصرف على نحو مابينا . هو أيضا الذى يحكم قوة الورقة الرسمية أو العرفية فى الإثبات (٣) .

أما بالنسبة للأدلة الأخرى فقد ذهب الفقه المحبذ للرجوع إلى قانون القاضى فى شأن بيان ما يقبل من الأدلة فى الدعوى إلى القول بأن هذا القانون نفسه — أى قانون القاضى — هو الذى يحدد قوة كل دليل فى

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٥ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٢ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٣ .

(٢) ويلاحظ أن المادة ٨٩٩ المشار اليها فى المتن مازالت قائمة رغم إلغاء قانون المرافعات الصادر فى سنة ١٩٤٩ . فقد نصت المادة الأولى من قانون اصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه « يلغى قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ عدا . . . . المواد من ٨٦٨ إلى ١٠٣٢ من الكتاب الرابع الخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية . . »

(٣) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٨ و Lerebours-Pigeonniere, رقم ٤٣٥ و Huet فى رسالته رقم ٢٣٧ وما بعده . وأنظر فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٨ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٢ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٣ .

الإثبات (١) .

وعلى العكس فقد أكد جانب من الفقه الذى رأى فى بيان ما يقبل من الأدلة فى الدعوى مسألة موضوعية يحكمها القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ان هذا القانون ذاته — أى قانون الموضوع — هو الذى يحدد قوة الدليل فى الإثبات (٢) .

ولا شك عندنا فى سلامة الرجوع للقانون الذى يحكم شكل التصرفات لتحديد قوة الورقة الرسمية أو العرفية فى إثبات التصرف . ذلك لأنه « متى كانت الشكلية لازمة للإثبات وإتخذ التصرف فى الشكل المقرر فى القانون المختص بحكم الشكل ، صار من غير المعقول ان تخضع قوة هذا الشكل فى الإثبات لقانون آخر » (٣) .

ورغم أننا قد إنتصرنا من قبل للرأى القائل بأن بيان ما يقبل من الأدلة الأخرى فى الدعوى هو مسألة موضوعية يرجع فى شأنها للقانون الذى يحكم الموضوع ، إلا أننا لا نرى مع ذلك إخضاع قوة هذه الأدلة جميعها فى الإثبات لقانون الموضوع على نحو ما أراد البعض (٤) . وإنما يتعين فى رأينا التفرقة فى هذا الشأن بين اليمين والإقرار والقرائن القانونية من ناحية ، وبين الشهادة والقرائن القضائية من ناحية أخرى .

فالقانون الذى يحكم الموضوع ،والذى يحدد الأحوال التى يجوز فيها الإثبات

---

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٧٠٨ والدكتور عز الدين عبد الله السابق ص ٨٠٨ مع ملاحظة ان هذا الاتجاه يستثنى القرائن القانونية ويرى الرجوع فى شأنها للقانون الذى يحكم الموضوع . فهذا القانون هو الذى يبين ما إذا كانت القرينة قاطعة أو قابلة لإثبات العكس .

(٢) راجع أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل . ص ١٩٣ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٢ .

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق ص ١٩٣ .

(٤) أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل . المرجع السابق ص ١٩٣ .

باليمين أو الإقرار ، هو الذى يبين قوة هذه الأدلة فى الإثبات(١) . كذلك فان قانون الموضوع ، والذى تخضع له القرائن القانونية ، هو الذى يحدد قوة القرينة القانونية فى الإثبات ، هل هى قرينة قاطعة أم تقبل الدليل العكسى (٢) .

أما بالنسبة للشهادة والقرائن القضائية فان الأمر يختلف . فقانون القاضى هو الذى يحدد فى تقديرنا قوة كل دليل منها فى الإثبات .

وأساس ذلك بالنسبة للشهادة هو أن القاعدة فى شأنها سواء فى فرنسا او فى مصر هى أن للقاضى حرية مطلقة فى تقديرها . فله أن يأخذ بشهادة شاهد ويطرح شهادة آخر بحسب ما يطمئن إليه وجدانه . بل وإن القاضى ليس ملزما بتصديق الشاهد فى كل أقواله . فله أن يطرح منها مالا يطمئن إليه . فتقدير الشهادة وإستخلاص الواقع منها هو من إطلاقات قاضى الموضوع التى لا يخضع فى شأنها لرقابة محكمة النقض (٣) . ويكفى القاضى حتى يكون بمنأى عن رقابة النقض ان يكون قد أقام حكمه على أسباب تؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها .

وما دام الأمر كذلك فان بيان مدى قوة الشهادة فى الإثبات هو أمر يخضع لتقدير القاضى فى ضوء المبادىء العامة السائدة فى قانونه . ومؤدى ذلك أنه لا يصح الرجوع فى شأن هذا التقدير للقانون الأجنبي الذى يحكم الموضوع . وليس فى هذا ما يتعارض مع ما سبق أن قررناه بالنسبة للرجوع

---

(١) راجع رسالة Huet رقم ٢٦٤ وما بعده .

(٢) راجع Bartin . مبادىء القانون الدولى الخاص . الجزء الأول . رقم ١٧٧ وأنظر فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله ص ٨٠٨ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٣ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٢ .

(٣) راجع رسالة Huet رقم ٢٦٨ . وأنظر فى خضوع حجية الشهادة لتقدير القضاء : الدكتور عبد المنعم فرج الصده . الإثبات فى المواد المدنية . المرجع السابق رقم ١٨٧ .

الى قانون الموضوع لبيان ما يقبل من الأدلة فى الدعوى . فقانون الموضوع هو الذى يحدد الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالبينة. أما تقدير الشهادة فى الفروض التى يصح فيها الأخذ بها كدليل فى الاثبات فهو من إطلاقات محكمة الموضوع فى كل من فرنسا ومصر . ومن ثم فلا يصح الرجوع فى شأنه لغير المبادىء العامة فى قانون القاضى (١) .

والأمر لا يختلف بالنسبة للقرائن القضائية . فقد مضت الإشارة إلى أن القانون الذى يحكم الموضوع هو الذى يبين الأحوال التى يجوز فيها للقاضى ان يستخدم سلطته فى إستنباط القرائن القضائية . أما بالنسبة لمدى قوة القرينة القضائية فى الإثبات فى الفروض التى يسمح فيها قانون الموضوع باستخدام هذه الوسيلة ، فهى مسألة متروكة بداهه لتقدير القاضى وفقاً للمبادىء العامة السائدة فى قانونه . بل وإنه من المستحيل عملا أن نقيد سلطة القاضى فى تقدير القرينة القضائية بغير ما يمليه إقتناعه الشخصى . ولعل بداهة هذا الحل هو ما دفع البعض إلى القول بأن تقدير القاضى للقرائن القضائية لا يمكن أن يثير تنازعا بين القوانين (٢) .

وهذه النتيجة التى إنتهينا إليها لا تقوم على أساس ان تقدير قوة كل من الشهادة والقرينة القضائية فى الإثبات من مسائل المرافعات التى يتعين إخضاعها لقانون القاضى على نحو ما أراد البعض، (٣) وإنما يستند الحل الذى نقول به على إختلاف البينة والقرينة القضائية عن أدلة الإثبات الأخرى فى كل من فرنسا ومصر . فللقاضى حرية مطلقه فى تقدير الشهادة واستخلاص القرينة القضائية فى كل من التنظيمين المصرى والفرنسى . وهذه السلطة التقديرية المطلقة التى يتمتع بها القاضى فى شأن كل من هاتين الوسيلتين

---

(١) راجع رسالة Huet السابق الإشارة إليها ص ٢٦٨ .

(٢) راجع هذا الرأى معروضاً فى Huet المرجع السابق ص ٣٢٢ .

(٣) راجع Nibovet . المطول . الجزء الخامس . رقم ١٤٦٢ .

من وسائل الإثبات لا يمكن أن تتقيد بما قد يكون مقرراً فى القانون الأجنبى الذى يحكم موضوع النزاع من أحكام مخالفه (١) .

٥٣ــ اجراءات تقديم الدليل

تعتبر إجراءات تقديم الدليل بلا خلاف من صميم مسائل المرافعات (٢). فهى « قواعد تنظيمية تكفل حسن سير الدعوى دون أن تمس موضوع النزاع أو تؤثر على الحكم الصادر فيه » (٣) .

وعلى ذلك فان قانون القاضى هو المرجع فى بيان كيفية أداء الشهادة وحلف اليمين،وكيفية الحصول على إقرار من الخصوم . وهو المرجع كذلك بالنسبة لكيفية تقديم الدليل الكتابى . وأخيرا فان قانون القاضى هو الذى يبين كيفية إنتقال المحكمة للمعاينة أو إتخاذ إجراءات الخبرة وإحالة الأوراق المقدمة فى الدعوى لتحقيق الخطوط أو الطعن فيها بالتزوير (٤) .

واذا كان مبدأ خضوع إجراءات تقديم الدليل لقانون القاضى يبدو بذلك واضحاً ، إلا ان تطبيق هذا المبدأ قد يثير مع ذلك صعوبات من العسير تجاهلها .

فبالنسبة للشهادة مثلا ثارالخلاف حول المرجع فى تعيين من تقبل منهم الشهادة ، هل هو قانون القاضى أم قانون الموضوع .

---

(١) راجع فى تأكيد هذا الرأى فى فرنسا Huet . المرجع السابق ص ٣٢٠ .

(٢) Huet السابق رقم ٢٣ ورقم ٢٧٤ وما بعده .

(٣) أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩١ .

(٤) Batiffol, Les Conflits de lois en matière de Contrats رسالة مقدمة إلى جامعة باريس ١٩٣٨ ص ٣٧٦ وراجع أيضاً مؤلفه المطول رقم ٧٠٩،وأنظر فى مصر الدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩١ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٣ .

ويذهب البعض إلى القول بأن قانون الموضوع هو الذى يحدد من تقبل منهم الشهادة . فهذا القانون « الذى يعول عليه الخصوم عند نشوء العلاقة القانونية وليس من المعقول أن يفرض عليهم ان يلموا مقدماً فى هـذا الوقت بحكم القانون فيمن تقبل منهم الشهادة فى قوانين مختلف البلاد التى يحتمل ان يجرى النزاع فى العلاقة لدى محاكمها » (١) .

وقد يؤيد هذا الحل أن المسألة تتعلق هنا بقبول الدليل (٢) ، وهى مسألة فضلنا من قبل إخضاعها للقانون الذى يحكم الموضوع (٣) .

ومع ذلك فنحن نميل الى القول مع جانب من الفقه بأن قانون القاضى هو المرجع فى بيان من تقبل منهم الشهادة ، لا على أساس أن الأمر يتعلق بالمرافعات ، وإنما لكون المسألة تتعلق بالدرجة الأولى باعتبارات عامة تمس النظام العام فى دولة القاضى . ولا شك ان هذه الإعتبارات تسمو فوق مصلحة الخصوم فى تطبيق القانون الذى يحكم الموضوع بدعوى أنه القانون الذى إرتكنوا إليه عند نشأة العلاقة القانونية . فالقاعدة التى تحرم كل من الطبيب أو المحامى مثلا من الشهادة على المعلومات التى وصلت إلى علمه أثناء قيامه بعمله تقوم على إعتبارات إجتماعية آمره من العسير تجاهلها . وعلى ذلك فلا يجوز للقاضى أن يقبل شهادة الطبيب أو المحامى فى هذه الحـالة بدعوى ان القانون الذى يحكم الموضوع لا يمنع هؤلاء من إفشاء اسرار

---

(١) Arminjon معروضاً فى مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٩ وأنظر أيضاً فى عرض هذا الإتجاه Huet فى رسالته ص ٣٣٢ .

(٢) راجع فى هذا المعنى Batiffol, Les Conflits de lois en matières de Contrats الرسالة السابق الإشارة إليها ص ٣٧٥ مع ملاحظة أنه يرى اخضاع مسألة قبول الدليل لقانون القاضى على خلاف ما انتهينا اليه فى المتن .

(٣) راجع ما قبله رقم ٥١ .

مهنهم (١) .

وتثور صعوبة أخرى بالنسبة لأهلية الشاهد لأداء شهادته . ويرى البعض إخضاع أهلية الشاهد لقانون القاضى بوصفه القانون الواجب التطبيق على الإجراءات . وعلى ذلك فاذا كان الشاهد أهلا وفقاً للقانون الأجنبى وغير أهل وفقاً لقانون القاضى فلا تجوز سماع شهادته ، باعتبار أن الأمر يتعلق أساساً بمدى الثقة فى الشهادة المقدمة كدليل أمام القضاء (٢) .

ويفضل البعض الآخر الرجوع إلى القانون الذى يحكم العلاقة محل الشهاده . فهذا القانون هو الذى عول عليه الخصوم عند نشأة العلاقة القانونية . ومن ثم فلا يجوز مفاجأتهم بعد ذلك بتطبيق قانون آخر يقضى بعدم أهلية الشهود رغم أن أحدا من الخصوم لم يتشكك فى صلاحيتهم للشهادة عند نشأة العلاقة. وفى القول بغير ذلك مناهضة لمبدأ إستقرار المعاملات الدولية(٣).

ومهما كان الأمر فللقاضى بداهة وفقاً لهذا الرأى الأخير إستبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق على أهلية الشاهد فيما لو تعارض تطبيقه مع النظام العام فى دولته .

---

(١) راجع رسالة Huet رقم ٢٧٩ وراجع المادة ٦٦ من قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . وأنظر أيضا المادة ٦٥ من نفس هذا القانون والتى وضعت حكما مماثلا بالنسبة للموظفين والمكلفين بخدمة عامة ، والمادة ٦٧ والتى تحظر إفشاء أسرار الزوجية . وراجع Batiffol, Les confilts de lois en matières de Contrats الرسالة السابق الإشارة إليها ص ٣٧٥. وهو يرى أن أساس تطبيق قانون القاضى فى شأن من تقبل شهادتهم هو أن المسألة تتعلق بقبول الدليل ، وهى مسألة أخضعها الأستاذ الفرنسى لقانون القاضى على نحو ما رأينا من قبل . ويؤكد جانب آخر من الفقه أن تحديد من تقبل شهادتهم هى مسألة « تتعلق بكيفية تكوين إعتقاد القاضى وهو مالا يمكن ان يخضع فيه لقانون أجنبى لمجرد كون المنازعة المطروحة لديه مشتملة على عنصر اجنبى وخاضعة لقانون أجنبى » راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٩ .

(٢) راجع Batiffol المطول رقم ٧٠٩ وأنظر الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٨٠٩ ، ٨١٠ وهو يرى ان أهلية الشاهد تخضع لقانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته .

(٣) راجع رسالة Huet السابق الإشارة إليها ص ٣٣٦ وهو يشير الى ان هذا هو رأى Planiol et Ripert, Weiss .

٥٤ — الانابة القضائية

قد تقتضى ظروف الدعوى إتخاذ إجراء معين خارج إقليم الدولة،مثل سماع أقوال شاهد فى دولة أجنبية أو أداء عمل من أعمال الخبرة او إجراء تحقيق أو حلف يمين ... الخ . ويتحقق ذلك عن طريق الإنابة القضائية . وهناك طريقتين أساسيتين لتحقيق الإنابة. أولهما أن يلجأ القاضى فى إتخاذ الإجراءات إلى ممثلى دولته الدبلوماسيين أو إلى قناصلها فى الدولة المراد إتخاذ الإجراء فيها . ويشترط لذلك ان يكون القنصل أو الممثل الدبلوماسى مخولا سلطة اتخاذ الإجراء المتطلب وفقاً لقوانين الدولة التى يتبعها ، وأن تسمح الدولة الأجنبية المعتمد فيها بمباشرة الإجراء فى إقليمها (١) .

ويعيب هذه الطريقة أن القنصل أو الممثل الدبلوماسى قد يفتقر إلى سلطة الإجبار فى الدولة المعتمد لديها ، فلا يستطيع مثلا إكراه شاهد على الحضور لسماع أقواله (٢) .

ولهذا تسود الطريقة الثانية وهى إنابة السلطة القضائية فى الدولة الأجنبية المراد إتخاذ الإجراء فيها . ويتم تقديم طلب الإنابة بالطرق الدبلوماسية . فاذا قبل تقوم السلطة الأجنبية باتخاذ الإجراء المطلوب وفقاً لقانونها ثم ترسل النتيجة الى الدولة التى طلبته (٣) .

ورغم أن الدولة التى يطلب من سلطاتها القيام بالإنابة غير ملزمة بأداء الإجراء المتطلب لما لها من سيادة مطلقة على إقليمها ، إلا أن العادة قد جرت

---

(١) راجع Batiffol المطول . طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٤ ص٧٩٥ وما بعدها ورسالةHuet رقم ٢٩٢ وما بعده والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ٢١٢ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩١ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق ص ٨١١ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩١ .

(٣) راجع الدكتور شمس الدين الوكيل . المرجع السابق ص ١٩١ والدكتور عز الدين عبد الله ص ٨١٢ .

على تعاون الدول فيما بينها فى هذا الخصوص . فلا شك أن كل دولة تشعر بمدى النفع الذى يعود عليها فيما لو تعاونت مع غيرها فى تحقيق العدالة . فهى تهدف من وراء موافقتها على إتخاذ إجراء معين فى إقليمها بناء على طلب السلطات القضائية فى دولة أخرى إلى المعاملة بالمثل (١) .

بل ولعل شعور الكثير من دول العالم بأهمية التعاون فى هذا المجال هو مادعى بعضها إلى ابرام المعاهدات والإتفاقات الدولية المنظمة لكيفية تحقق الإنابة القضائية فيما بين الدول المتعاهدة . ولعل أهم المعاهدات فى هذا الشأن هى معاهدة لاهاى المبرمة فى أول مارس ١٩٥٤ والخاصة بقواعد المرافعات وتنظيم الإنابة القضائية . وتقضى نصوص المعاهدة بأن السلطة القضائية لكل من الدول المتعاهدة ملزمة بأداء الإنابة الصادرة إليها من دولة أخرى موقعة على المعاهدة .وهى لا تستطيع ان ترفض الإنابة إلا فى حالات محددة كما لو كان تنفيذها ماساً بسيادة وسلامة الدولة صاحبة الإقليم المطلوب مباشرة الإنابة فيه (٢) .

ويلاحظ ان مجلس جامعة الدول العربية قد وافق فى ١٤ سبتمبر ١٩٥٢ على إتفاق « الإعلانات والإنابة القضائية » والتى وقعت عليها مصر سنة ١٩٥٣ وصدقت عليهاقخلال عام ١٩٥٤ (٣) . وتقضى المادة السادسة من المعاهدة على أنه « لكل من الدول المرتبطة بهذه الإتفاقية ان تطلب إلى أية

---

(١) ولهذا يؤكد الفقه أن أساس الإنابة القضائية هو فكرة المجاملة الدولية . راجع الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص ٨١١ .

(٢) وتلتزم بأحكام المعاهدة حاليا كل من فرنسا وألمانيا الإتحادية والنمسا وبلجيكاوالدانمرك وفنلندا وإيطاليا ولكسمبورج والسويد والنرويج وهولندا وسويسرا . راجع : Rev.Crit. de droit int. Privé عدد ١٩٦٣ ص ١٣٩ وأنظر رسالة Huet ص ٣٤٨ .

(٣) وقد وقعت على هذه الإتفاقية أيضاً كل من الأردن ولبنان وسوريا والسعودية والعراق واليمن ، إنضمت إليها الكويت سنة ١٩٦٢ . راجع فى ذلك مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨١٣ ، ٨١٤ .

دولة منها ان تباشر فى أرضها نيابة عنها أى إجراء قضائى يتعلق بدعوى قيد النظر وذلك وفقاً لأحكام المادتين التاليتين » . وتنص المادة السابعة على أنه « يقدم طلب الإنابة القضائية بالطريق الدبلوماسى . . » . وتنص المادة التاسعة على أنه « لا يجوز مطالبة رعايا الدولة طالبة الإجراء القضائى فى بلد من بلاد الجامعة بتقديم رسم أو كفالة أو أمانة لا يلزم بها رعايا هذا البلد ، كذلك لا يجوز حرمانهم مما يتمتع به هؤلاء من حق المساعدة القضائية أو الإعفاء من الرسوم القضائية » .

٥٥ — خامسا : الحكم فى الدعوى وآثاره

والمقصود هنا هو آثار الحكم الصادر فى دعوى تتضمن عنصراً أجنبيا . وآثار الحكم فى هذا المجال هى آثاره فى دولة القاضى الذى أصدره . أما آثار الحكم فى دولة أخرى فهى مسألة تنظمها القواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية على نحو ما سنرى فى الباب التالى من هذه الدراسة . كذلك فان دراستنا هنا لا تنصب على آثار الحكم فيما يقضى به فى شأن الموضوع ، وإنما يقتصر البحث على آثار الحكم كاجراء من إجراءات المرافعات (١) .

وفى هذه الحدود فلا صعوبة فى تكييف الحكم ، فهو بلا شك من مسائل المرافعات التى تخضع لقانون القاضى . فهذا القانون هو الذى يبين كيفية النطق بالحكم ، وتسبيبه ، وتحريره ، وبياناته ، وطرق إعلانه (٢) . كذلك فان قانون القاضى هو الذى يبين حجية الحكم من حيث الأشخاص ، هل هى حجية مطلقة ، أم مجرد حجية قاصرة على الخصوم ، وهل تقتصر الحجية على المنطوق أم على المنطوق والأسباب (٣) .

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ٢١١ .

(٢) راجع الدكتور شمس الدين الوكيل . السابق ص ١٩٣ .

(٣) راجع Batiffol المطول . طبعة ١٩٦٧ رقم ٧١٠ .

ويعتبر من مسائل الاجراءات التى تخضع لقانون القاضى أيضاً طرق الطعن فى الحكم ، ومواعيده ، وسقوط الحكم بالتقادم (١) . كما يسرى قانون القاضى فى شأن مدى إمكان ترتيب رهن قضائى أو حق إختصاص به (٢) .

ولا يقتصر إختصاص قانون القاضى على الأحكام الصادرة عن المحاكم بما لها من سلطة قضائية ، بل يمتد هذا الإختصاص أيضاً الى الأوامر التى تصدرها بما لها من سلطة ولائية (٣) .

٥٦ — سادسا : اجراءات التنفيذ

تخضع إجراءات التنفيذ لقانون الدولة التى تباشر فيها هذه الإجراءات . وعلى ذلك فقانون دولة التنفيذ هو الذى يسرى فى شأن الشروط التى يجب ان تتوافر فى الحكم أو السند حتى يكون قابلا للتنفيذ على نحو ما سنرى فى الباب التالى من هذه الدراسة . ونكتفى هنا بالإشارة إلى أن اساس هذا الحل هو أن السلطة العامة التى تتولى إجراءات التنفيذ لا يمكن ان تباشر هـذه الإجراءات إلا وفقاً لقانونها (٤) .

---

(١) Batiffol . المرجع السابق رقم ٧١٠ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٣ . ويشير الأستاذ باتيفول إلى أن مسألة ما إذا كان الحكم كاشفاً للحق أو منشئا له تعد من المسائل الموضوعية التى تخضع للقانون الذى يحكم الحق موضوع النزاع . وأنظر فى تأكيد هذا المعنى فى مصر : الدكتور منصور مصطفى منصور . المرجع السابق ص ٣٨٤ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . رقم ٢١١ . وسنرى فيما بعد أنه لا يجوز الإعتراف فى مصر بالرهن القضائى المترتب على الحكم الأجنبى بقوة القانون لأنه يعتبر من ضمانات التنفيذ التى تخضع دائما لقانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها . ولهذا فانه يجوز لمن صدر الحكم الأجنبى لصالحه ان يطلب تقرير حق إختصاص على أموال المحكوم عليه الكائنة فى مصر بعد شمول الحكم للأمر بالتنفيذ وفقاً لأحكام القانون المصرى ، ولو كان قانون الدولة التى صدر الحكم عن محاكمها لا يجيز تقرير حق الإختصاص .

(٣) الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٤ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٣ .

(٤) راجع Batiffol المطول رقم ٧١٠ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٤ .

الباب الثالث

آثار الأحكام الأجنبية

٥٧ — وضع المسألة وتحديد نطاق البحث

يتنازع الإعتراف بآثار الأحكام الأجنبية فى الدولة إعتباران أساسيان :

أولهما : أن الإعتراف غير المقيد بآثار الأحكام الأجنبية فى الدولة ، ومعاملتها بالتالى معاملة الأحكام الوطنية ، يتنافى لاشك مع مبدأ سيادة الدولة . إذ أن الإعتراف غير المشروط بالحكم الأجنبى يتضمن معنى الخضوع لسيادة الدولة التى صدر هذا الحكم عن محاكمها ، وهو ما يتنافى فى النهاية مع إعتبارات السيادة (١) .

وثانيهما : أن إنكار الإعتراف بآثار الأحكام الأجنبية بصفة مطلقة يتعارض مع حاجة المعاملات الدولية ، لأنه يعوق تطور العلاقات التجارية والإقتصادية ، وهو ما يؤدى فى النهاية إلى إضطراب المعاملات بين الأفراد(٢).

ولهذا فقد كان طبيعيا أن توفق غالبية دول العالم ومن بينها مصر بين هذين الإعتبارين ، فتعترف بآثار الأحكام الأجنبية ولكن بشروط وقيود معينة هى موضع الدراسة فى هذا الباب .

---

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٧٣٠ .

(٢) راجع فى ذلك P. Fragistas, La reconnaissance des jugements étrangers دروس ملقاة فى الكلية الدولية للقانون المقارن (على الآلة الكاتبة) . هلسنكى ١٩٦١ ص ٣٤ وأنظر فى مصر الدكتور فؤاد رياض . المرجع السابق ص ٤٩٤ .

ونود من البداية أن نشير إلى أن دراستنا هذه ستنصب على آثار الأحكام الأجنبية فى مصر . ولذلك فانه يحسن قبل أن نتولى دراسة هذه الآثار أن نبدأ بتحديد المقصود بالأحكام الأجنبية التى ستكون موضوعا لهذا البحث .

(أ) وأول ما يلاحظ فى هذا الخصوص هو أن المقصود بالحكم الأجنبى هو الحكم الصادر عن سلطة عامة تمارس وظيفتها وفقاً للنظام القانونى السائد فى دولة معينة . والغالب أن تكون هذه السلطة هى السلطة القضائية فى الدولة الأجنبية . ومع ذلك فليس هناك ما يمنع من ان تكون السلطة العامة التى اصدرت الحكم مجرد هيئة إدارية أو دينية فى دولة ما ، ما دامت هـذه الهيئة قد خولت إختصاصات السلطة القضائية فى إصدار الأحكام فى بعض المنازعات وفقاً لقانون الدولة التى تتبعها (١) .

فليست العبرة إذن بالوظيفة المعتادة التى تمارسها الهيئة التى أصدرت الحكم ، وإنما يكفى أن تكون الهيئة المذكورة تملك سلطة القضاء فى النزاع محل البحث وفقاً لقانون الدولة التى تتبعها (٢) .

(ب) والأصل فى مصر هو أن إصطلاح الأحكام يصدق على كل قرار صادر عن الجهات التى تتولى القضاء فى خصومة أو فى غير خصومة ولو لم يكن فاصلا فى النزاع .

---

(١) راجع Fragistas المرجع السابق. بل وإن القضاء الفرنسى قد منح الأمر بتنفيذ القرارات الصادرة عن البرلمان الكندى بإيقاع الطلاق ، مادام أن القانون الكندى قد منح للسلطة التشريعية الإختصاص بالفصل فى الطلاق بمقتضى قوانين خاصة . راجع فى ذلك
Bellet, La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exécquatur des jugements étrangers.
تقرير مقدم إلى اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص فى ١٣ مارس ١٩٦٤ ومنشور فى أعمال اللجنة ١٩٦٢ — ١٩٦٤ ص ٢٥٢ وما بعدها .

(٢) راجع Bellet فى تقريره أمام اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص السابق الإشارة إليه و Fragistas السابق ص ٦ ، ٧ .

وعلى هذا النحو فان اصطلاح الأحكام فى مصر يشمل الأحكام الفاصلة فى النزاع ، كما يشمل أيضاً القرارات الصادرة عن المحاكم بمقتضى سلطتها الولائية (١) .

ويميل الفقه عادة، فى غالبية دول العالم، إلى فصل مشكلة الإعتراف بآثار القرارات الصادرة عن المحاكم الأجنبية بمقتضى وظيفتها الولائية عن دراسة آثار الأحكام الأجنبية ، لما لهذه القرارات من طبيعة خاصة تقتضى تخصيص قواعد مستقلة لها (٢) .

ودون أن ندخل فى تفاصيل هذه المشكلة التى تقتضى دراستها بحثا مستقلا ، نكتفى بالإشارة هنا إلى أن المشرع المصرى قد أخضع تنفيذ الأوامر الصادرة عن المحاكم الأجنبية بمقتضى سلطتها الولائية لنفس الشروط التى قررها بالنسبة للأحكام الأجنبية (راجع المواد ٢٩٦ ، ٢٩٨ من قانون المرافعات) . ومن ثم فما سنتعرض له فى هذا الباب من دراسة لآثار الأحكام الأجنبية فى مصر يصدق بالمثل على الأوامر الأجنبية .

(ح) وإذا كان المقصود بالحكم الأجنبى هو الحكم الصادر عن سلطة عامة تمارس وظيفتها القضائية وفقا للنظام القانونى السائد فى دولة معينة ، فان النتيجة المترتبة على ذلك هى إستبعاد الأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية مثل محكمة العدل الدولية بلاهاى أو محكمة العدل التابعة للجنة الأوروبية للفحم والصلب ... الخ . فمدى الإعتراف بآثار الأحكام الصادرة عن

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ٢١٥ .

(٢) راجع بصفة خاصة : Motulsky, Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé. تقرير مقدم إلى اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص فى ٣١ مارس ١٩٥٠ ومنشور بأعمال اللجنة ١٩٤٨ — ١٩٥٢ ص ١٣ وما بعدها .

القضاء الدولى هى دراسة تخرج عن نطاق هذا البحث (١) .

(ء) وما دمنا قد حددنا نطاق هذه الدراسة فى إطار الآثار المترتبة على الأحكام الصادرة عن هيئة عامة تملك سلطة القضاء فى دولة معينة ، فنحن نستبعد بذلك — وبصفة خاصة — دراسة آثار أحكام المحكمين الأجنبية .

حقاً إن المشرع المصرى قد إشترط لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية نفس الشروط التى إستلزمها لتنفيذ الأحكام الأجنبية فيما عدا ما يتعارض منها مع طبيعة حكم المحكمين (٢) ، إلا أننا نعتقد مع ذلك أن الفهم الصحيح لآثار أحكام المحكمين الأجنبية بوجه عام يقتضى التعرض للإتجاهات الفقهيـة المتباينة فى شأن طبيعة هذه الأحكام ، وهو مالا تتسع له دراستنا المحددة فى هذا الكتاب (٣) .

(ه) ولاعتبارات مشابهة فنحن لا ننوى التعرض هنا لدراسة آثار السندات الأجنبية فى مصر . ونكتفى هنا بالإشارة إلى أن المشرع المصرى قد حدد فى المادة ٣٠٠ من قانون المرافعات شروط تنفيذ السندات الرسمية فى مصر ،مراعيا ذات المبادىء التى إتبعها بالنسبة للأحكام الأجنبية فيما لا يتعارض مع الطبيعة الخاصة لهذه السندات وصفتها التعاقدية (٤) .

---

(١) راجع Fragistas المرجع السابق ص ٦. وهو يشير إلى أن الأمر قد لا يثير صعوبة إذا ما طلب الإعتراف بآثار الحكم الدولى فى إحدى الدول الموقعة على المعاهدة التى أنشأت المحكمة التى أصدرت الحكم . إذ تنص المعاهدة عادة على الإجراءات الواجبة الإتباع فى هذه الحالة . وإنما يدق الأمر فيما لو لم تنص المعاهدة على الإجراء الواجب الإتباع أو طلب تنفيذ الحكم فى دولة غير موقعة على المعاهدة التى تمارس المحكمة الدولية سلطاتها على أساسها .

(٢) راجع فى هذا الموضوع مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . رقم ٢٢٨ وأنظر المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة للمادة ٤٩٤ من القانون القديم .

(٣) أنظرفىدراسةمقارنةلهذا الموضوع: Ch. Carabiber, L'arbitrage international de droit privé. Paris 1960, pp. 93—132.

(٤) راجع فى الفقه المصرى بصفة خاصة : الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ٢٢٩ .

(و) يبقى لنا فى النهاية أن نبين متى يعتبر الحكم أجنبيا .

والرأى السائد فى كل من مصر وبلاد القارة الأوروبية هو أن الحكم يعتبر أجنبيا إذاكان صادرا باسم سيادة أجنبية بصرف النظر عن مكان صدور الحكم (١) .

فالحكم الصادر من المحاكم القنصلية الأجنبية التى كانت موجودة فى مصر يعد حكما أجنبيا رغم صدوره فى مصر ، باعتبار أنه قد صدر باسم سلطان دولة أجنبية (٢) .

ولا يختلف الأمر فى بلاد القارة الأوروبية حيث ينتسب الحكم الصادر عن المحاكم القنصلية للدولة التى تتبعها هذه المحاكم وليس للدولة التى إنعقدت هذه المحاكم فى إقليمها (٣) .

ومن جهة أخرى حكم فى فرنسا بأن الأحكام الصادرة فى المستعمرات الفرنسية فيما وراء البحار لا تعد أحكاما أجنبية ، لأنها صادرة باسم السيادة الفرنسية (٤) .

وتطبيقا لنفس هذا المعيار فان الأحكام الصادرة من محاكم ولاية أو مقاطعة معينة فى الدول المركبة مثل سويسرا لا تعتبر أحكاما أجنبية بالنسبة للولايات الأخرى ؛ ومن ثم فان دراسة آثارها فى خارج الولاية التى صدر

(١) راجع Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٤١٧ و Fragistas السابق ص ٧ وأنظر فى مصر الدكتور فؤاد رياض . السابق ص ٤٩٢ .
(٢) الدكتور فؤاد رياض . السابق ص ٤٩٢ .
(٣) Fragistas . المرجع السابق ص ٧ .
(٤) Fragistas المرجع السابق .

الحكم عن محاكمها تخرج عن نطاق هذه الدراسة (١) .

والوضع يختلف تماما فى البلاد الأنجلو سكسونية حيث لا تتحدد الصفة الأجنبية للحكم وفقاً لمعيار السيادة ، وإنما يعد الحكم أجنبيا من عدمه بالنظر إلى مكان صدوره .

وعلى ذلك حكم فى إنجلترا بان الأحكام الصادرة من محاكم المستعمرات البريطانية تعد أحكاما أجنبية رغم صدورها باسم السيادة البريطانية . وبالمثل فان الأحكام الصادرة عن محاكم اسكتلندا وإيرلندا الشمالية تعد هى الأخرى أحكاما أجنبية فى إنجلترا (٢) .

وأخذا بنفس هذا المعيار فى الولايات المتحدة الأمريكية فان الأحكام الصادرة من محاكم ولاية معينة تعد أجنبية بالنسبة للولايات الأخرى (٣) .

(ز) ودراستنا على النحو الذى حددناه ستنصب على الأحكام الأجنبية الصادرة فى منازعات تتعلق بالقانون الخاص ، كالمنازعات التى تخضع للقانون المدنى أو التجارى (٤).

---

(١) وتثور الصعوبة بالنسبة للأحكام الصادرة فى إقليم تنازلت عنه الدولة بعد ذلك وضم إلى دولة أخرى . والرأى الراجح هو أن الحكم الذى صدر بإسم سيادة معينة يظل منتميا إلى الدولة صاحبة الإقليم عند صدوره ولو إنتقل الإقليم بعد ذلك إلى سيادة دولة أخرى . فالوضع هنا يختلف عما عليه الحال بالنسبة للقوانين السائدة فى الإقليم الذى تم التنازل عنه ، حيث تعتبر هذه القوانين صادرة عن الدولة التى ضم إليها الإقليم فور إتخاذ إجراءات الضم ما دامت الدولة الجديدة لم تقم بإلغاء القوانين التى كانت سارية من قبل فى هذا الإقليم . راجع فى ذلك Fragistas المرجع السابق ص ٨ .

(٢) Fragistas السابق ص ٨ .

(٣) Fragistas . السابق ص ٨ .

(٤) راجع تقرير Bellet المقدم إلى اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص والسابق الإشارة إليه ص ٢٥٣ . وهو يشير إلى أنه يتعين بداهة أن يكون النزاع الذى صدر الحكم الأجنبى فى شأنه مما يدخل فى اختصاص المحاكم القضائية فى الدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبى فيها .

أما المنازعات المتعلقة بالقانون العام، كما هو الشأن بالنسبة للدعاوى الجنائية والإدارية، فهي تخضع كأصل عام لمبدأ الإقليمية البحته ولا تتعدى آثارها حدود الدولة التي صدر الحكم باسمها .

والعبرة في هذا الصدد هي بطبيعة الحكم وليست بالجهة القضائية التي اصدرته .

وعلى ذلك فالحكم بتعويض مدنى فى دعوى جنائية يعتبر حكما مدنيا رغم صدوره من محكمة جنائية . وعلى العكس فان الحكم بالغرامة لا يعد حكما مدنيا حتى لو كان صادرا من محكمة مدنية (١) .

أما وقد حددنا المقصود بالأحكام الأجنبية فى هذه الدراسة، فعلينا ان نتصدى بعد ذلك لآثارها فى مصر ، وهو ما سنتولى بحثه فى الفقرات التالية .

٥٨ — تقسيم

الأصل أن للحكم القضائى الصادر عن المحاكم الوطنية أثران :

أولهما : هو القوة التنفيذية للحكم والتي يمكن للدائن المحكوم له بمقتضاها أن يتخذ اجراءات التنفيذ الجبرى فى مواجهة مدينه .

وثانيهما : هو حجية الشىء المقضى به . وبمقتضاها يصبح الحكم عنوانا للحقيقة ولا يصح طرح النزاع الذى صدر الحكم فى شأنه مرة أخرى أمام نفس الدرجة القضائية .

ويبدو بذلك أن دراسة آثار الأحكام الأجنبية تقتضى أساسا البحث فى مدى تمتع الحكم الأجنبي فى مصر بالقوة التنفيذية من جهة ، ومدى حجيته من جهة أخرى .

---

(١) راجع Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٢١٨ و Fragistas, ص ٧ والدكتور فؤاد رياض ص ٤٩٢ .

وسنبدأ أولا بدراسة القوة التنفيذية للأحكام الأجنبية . وهو الوجه الايجابى لنفاذ هذه الأحكام فى مصر .

ثم نتطرق بعد ذلك لدراسة الوجه السلبي لنفاذ الأحكام الأجنبية فى مصر ، وهو مدى تمتعها بحجية الشىء المحكوم فيه .

وسنرى فيما بعد ان تخلف الشروط الأساسية اللازمة لتمتع الحكم الأجنبى بحجية الشىء المحكوم فيه لا يحول مع ذلك دون امكان التمسك بهذا الحكم كدليل فى الاثبات . بل ان الحكم الأجنبي الذى صدر ونفذ فى الخارج يعد واقعة لا يجوز للقضاء الوطنى تجاهلها .

وعلى ذلك نقسم الدراسة فى هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول : فى القوة التنفيذية للأحكام الأجنبية .

والفصل الثانى : فى الآثار الأخرى للأحكام الأجنبية .

الفصل الأول

القوة التنفيذية للأحكام الأجنبية

٥١ — الاتجاهات المختلفة فى تنفيذ الاحكام الاجنبية

مضت الاشارة الى أن الاعتراف غير المقيد بآثار الأحكام الأجنبية يتنافى مع مبدأ سيادة الدولة . وقد كان هذا الاعتبار على ما يبدو هو ما دفع بعض الدول الى منع تنفيذ الأحكام الأجنبية ، فاستلزمت من صاحب المصلحة رفع دعوى جديدة أمام محاكمها للمطالبة بالحق الذى قرره له القضاء الأجنبي (١) .

ومع ذلك فقد رأينا أن رفض الاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية بصفة مطلقة على النحو السالف يتعارض مع حاجة المعاملات الدولية .

ولهذا استقرت غالبية دول العالم على السماح بتنفيذ الأحكام الأجنبيةولكن بشروط وقيود معينة .

ومع اتفاق هذه الدول على ضرورة التوفيق بين مبدأ السيادة منجهة، وحاجة المعاملات الدولية من جهة أخرى ، الا أنها اختلفت فيما بينها حول وسيلة هذا التوفيق .

وتنحصر وسائل تنفيذ الأحكام الأجنبية المعترف بها دوليا فى وسيلتين أساسيتين :

الوسيلة الأولى : وقد اتبعتها انجلترا ومن سار على نهجها من الدول .

---

(١) وهذا هو النظام السائد فى السويد مثلا : راجع Arminjon ج ٣ ص٢٧٣ هامش(١) .

ويستلزم هذا الاتجاه رفع دعوى جديدة للمطالبة بالحق الذى أقره الحكم الأجنبي ،على أن يعتبر هذا الحكم دليلا فى الدعوى لا يقبل اثبات العكس . ويلاحظ أن الاتجاه السالف ، وباستلزامه رفع دعوى جديدة للمطالبة بالحق محل النزاع ، قد حافظ بذلك على مبدأ سيادة الدولة من حيث الشكل . أما من حيث الواقع فان هذا النظام يكاد يعترف بطريقة غير مباشرة بآثار الحكم الأجنبي كاملة . ذلك أن القضاء الوطنى لا يستطيع فى هذه الحالة مراقبة مدى سلامة الحكم الأجنبي من الوجهة الموضوعية ما دام أن الشروط الشكلية المتطلبة لتنفيذ الحكم قد توافرت (١) .

الوسيلة الثانية : وهى الوسيلة التى اتبعتها فرنسا وكافة الدول التى تأثرت بنظامها القانونى ومن بينها مصر . ومؤدى هذه الوسيلة أنه يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي بشرط ان تقوم المحاكم الوطنية بفحصه أولا ثم اصدار أمرهـا بتنفيذه اذا تبين لها توافر الشروط التى يتطلبها القانون .

والدول التى تأخذ بهذا الاتجاه الأخير تختلف فيما بينها حول مدى السلطة الممنوحة للقضاء الوطنى فى فحص الحكم الأجنبي عند النظر فى طلب الأمر بتنفيذه وذلك على النحو التالى (٢) :

١ — فهناك من الدول من يأخذ بنظام المراقبة Systeme de controle ، بمعنى ان القاضى لا يتصدى لموضوع النزاع الذى فصل فيه القضاء الأجنبي ،

---

(١) راجع فى هذا الموضوع بصفة خاصة :

Dr. F. Riad, Foreign Jurisdictional acts — A comparative study with special reference to the common Law Systeme.

بحث منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى — المجلد ١٢ ج ٢ ، ١٩٥٦ ص ١ وما بعدها وبصفة خاصة ص ٤ وما بعدها .

(٢) راجع عرض هذه الاتجاهات فى محمد كمال فهمي ص ٥٣٣ و Arminjon السابق رقم ٢٨٠ .

وانما يكتفى بمراقبة مدى استيفاء الحكم الأجنبي لبعض الشروط الأساسية اللازمة لصحته من الوجهة الدولية، كأن يكون صادرا عن محكمة مختصة واتبعت فى شأنه اجراءات صحيحة . وتستلزم بعض الدول المعتنقة لهذا الاتجاه، فوق ذلك، أن يكون الحكم الأجنبي قد طبق على موضوع الدعوى القانون المختص ، كما هو الحال فى فرنسا (١) .

وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية أخيرا على الأخذ بهذا الاتجاه بمقتضى حكمها الصادر فى ٧ يناير ١٩٦٤ (٢) .

٢ — أما الاتجاه الثانى فهو اتجاه الدول التى تأخذ بنظام المراجعة Systéme de revision . ويخول هذا الاتجاه للقاضى الوطنى سلطات أوسع فى فحص الحكم الأجنبي . فلا يكتفى القاضى الوطنى وفقاً لهذا المذهب بمراقبة مدى استيفاء الحكم الأجنبي للشروط الأساسية اللازمة لصحته ، بل يكون له فوق ذلك أن يراقب الحكم فى تقديره للوقائع، وسلامة تطبيقه لقواعد القانون . وعلى هذا النحو، يخول هذا النظام للقضاء الوطنى سلطة تعديل الحكم الأجنبي .

---

(١) راجع ما بعده

(٢) راجع الحكم منشوراً فى Rev. cirt ١٩٦٤ ص ٣٤٤ مع تعليق Batiffol . وقد أكدت المحكمة فى حكمها أنه يحق للقاضى أن يمنح الأمر بالتنفيذ مادام أنه قد تحقق من توافر الشروط الأساسية اللازمة لتنفيذ الأحكام الأجنبية ، والتى ستتعرض لها فيما بعد (راجع ما بعده رقم ٦٧ وما يليه) ، فى ذلك ما يكفى لحماية النظام القانونى الفرنسى والمصالح الفرنسية . وقد سبق لمحكمة باريس أن مهدت الطريق أمام القضاء الفرنسى للأخذ بنظام المراقبة فى حكمها الصادر فى ٢١ أكتوبر ١٩٥٥ (منشور فى Rev. cirt ١٩٥٥ ص ٧٦٩ مع تعليق Batiffol) . بل وان محكمة النقض الفرنسية ذاتها قد أفصحت عن نيتها فى إعتناق هذا الإتجاه فى حكمها الصادر فى ٨ يناير ١٩٦٣ ، وإن كان الفقه قد تحفظ فى شأن هذا الحكم لصدوره فى مواد الأحوال الشخصية بصفة خاصة ، ومن ثم فلم يكن تعبيرا عن قاعدة عامة كما هو الحال بالنسبة لحكم ١٩٦٤ . راجع نقض فرنسى ٨ يناير١٩٦٣ Rev. cirt ١٩٦٣ ص ١٠٩ . وأنظر فى ذلك أيضا مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٤٩ هامش (٢) .

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية فى بعض أحكامها القديمة بهذا الاتجاه(١).

٣ — وتتخذ بعض الدول موقفا وسطا بين الاتجاهين السابقين فتبيح لمحاكمها، بالاضافة الى مراقبة الشروط الأساسية ، التعرض لموضوع الحكم الأجنبى دون تعديله .

ويسمى هذا الاتجاه بنظام المراقبة غير المحدودة Systeme de contrôle illimité (٢) أو نظام المراجعة المحدودة الهدف Système de révision au Fond à but limité (٣).وهو يختلف عن نظام المراقبة فى أنه لايخول للقضاء الوطنى سلطة التأكد من استيفاء الحكم الأجنبى للشروط الأساسية فقط ، بل يمكنه أيضا من التصدى لموضوع الحكم بصفة شاملة . ومن جهة أخرى فان هذا المذهب يختلف عن نظام المراجعة فى أنه لا يخول للقاضى الوطنى سلطة تعديل الحكم الأجنبى اذا ما تبين عدم سلامته من الوجهة الموضوعية ،وانما يكون له فقط أن يرفض تنفيذ الحكم الاجنبى فى هذه الحالة .

وكان قضاء محكمة النقض الفرنسية قد استقر على الأخذ بهذا الاتجاه أمداً طويلا ، وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها ان دور القاضى عند نظر طلب الأمر بالتنفيذ ينحصر فى « الحكم على الحكم الأجنبى » (٤) .

(١) راجع Lerebours-Pigenniere et Loussouarn الموجز رقم ٤٢١ .
(٢) راجع Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٩٦٨ .
(٣) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٥٩ ص ٨٥٨. ويبدو أن جانبا من الفقه الفرنسى الحديث قد جرى فى النهاية على تسمية هذا النظام بـ «نظام المراجعة» Systeme de aévision وهو ما يتضمن خلطا واضحا بين النظام محل البحث ونظام المراجعة بالمعنى الدقيق والسابق عرضه فى المتن . ولذا يقرر البعض بحق ان نظام المراجعة على النحو الذى انتهى إليه الفقه « هو فى الحقيقة نظام المراقبة غير المحدودة » . راجع فى ذلك مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة . ص ٨٤٨ .
(٤) Lerebours-Pigenonniere السابق ص ٥١٢ . ويفرق القانون اليونانى بين الحكم الأجنبى الصادر ضد أحد الوطنيين وبين الحكم الصادر ضد أجنبى . فى الحالة الأولى يمكن للقاضى مراجعة الحكم الأجنبى المطلوب تنفيذه فى اليونان من الوجهة الموضوعية ، بينما لا يجوز له ذلك فى الحالة الثانية . راجع Fragistas, المرجع السابق ص ٢٥ .

ومع ذلك فقد هجرت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه ، واستقرت ، فى قضائها الحديث ، على الأخذ « بنظام المراقبة » على نحو ما بينا من قبل .

ولا شك عندنا فى سلامة هذا الاتجاه ، ذلك ان كل من « نظام المراجعة » و « نظام المراقبة غير المحدودة » ، بما يخوله للقاضى من سلطة مراجعة الأحكام الأجنبية من الوجهة الموضوعية ، يتضمن إهداراً للقيمة الدولية لهذه الأحكام ، كما أنه يعرض القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ لتقدير الوقائع والظروف الملابسة للدعوى رغم وقوعها فى الخارج (١) .

٦٠ — موقف المشرع المصرى — جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية بأمر التنفيذ ولكن بشرط التبادل

انحاز المشرع المصرى بصفة مبدئية لموقف الدول التى تبيح تنفيذ الأحكام الأجنبية بعد فحصها بمعرفة القضاء الوطنى ومنحها الأمر بالتنفيذ . ولكن المشرع لم يتخذ اتجاها محددا بالنسبة لسلطة القاضى عند فحص الأحكام الأجنبية . وانما علق الأمر بالتنفيذ على شرط التبادل . بمعنى أن سلطةالقاضى فى فحص الحكم الأجنبى تتحدد وفقاً للمعاملة التى يلقاها الحكم المصرى فى الدولة التى صدر الحكم الأجنبى عن قضائها .

ومع ذلك فقد استلزم المشرع المصرى فى جميع الأحوال ان تتوافر شروط معينة فى الحكم الأجنبى حتى يمكن الأمر بتنفيذه فى مصر . وتشكل هذه الشروط — والتى أسماها الفقه المصرى بالشروط الخارجية أو الشكلية للحكم — الحد الأدنى الذى يجب توافره فى الحكم الأجنبى بوصفها « شروط أساسية تلزم لصحة الحكم من الوجهة الدولية » (٢) .

---

(١) وقد سبق لمحكمة باريس أن وجهت هذا النقد إلى نظام المراجعة فى حكمها الصادر فى ٢١ أكتوبر ١٩٥٥ السابق الاشارة إليه والمنشور فى Rev. crit ١٩٥٥ ص ٧٦٩ مع تعليق Batiffol . وراجع أيضا Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٢٩ ص ٨٣٢ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٤٨ .

(٢) أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل — المرجع السابق ص ١٩٧ .

٦١ — تقسيم

وسنتعرض فيما يلى لشرط التبادل . ثم نتطرق بعده لدراسة الشروط الأساسية اللازمة لامكان تنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر . ونختم بحثنا ببيان اجراءات طلب الأمر بالتنفيذ .

أولا : شرط التبادل

٦٢ — المقصود بشرط التبادل

نصت المادة ٢٩٦ من قانون المرافعات على أن « الأحكام والأوامر الصادرة فى بلد أجنبى يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه » (١) .

ومؤدى النص السابق أن من واجب القاضى ان يتحرى عند نظر الطلب المقدم من صاحب المصلحة لتنفيذ الحكم الأجنبى من المعاملة التى يلقاها الحكم المصرى فى الدولة التى صدر الحكم الأجنبى عن محاكمها اذا ما طلب تنفيذ الحكم المصرى فيها . وعلى هذا النحو يسمح القاضى المصرى بتنفيذ الحكم الأجنبى بنفس القدر ونفس الشروط التى ينفذ بها الحكم المصرى فى الدولة الأجنبية .

فاذا كانت الدولة الأجنبية تشترط رفع دعوى جديدة لتقرير الحق المحكوم به من القضاء المصرى على أن يقوم الحكم المصرى كدليل يقبل اثبات العكس كما هو الشأن فى الدول الاسكندنافية ، فانه يتعين على القاضى المصرى أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبى فى هذه الحالة . ويكون للمحكوم

(١) والمقابلة للمادة ٤٩١ من القانون القديم . وتأخذ كل من ألمانيا والنمسا بمبدأ التبادل كشرط لتنفيذ الأحكام الأجنبية . راجع فى ذلك :
Fragistas, La reconnaissance des jugements etrangers op Cit. p. 28.

له ان يرفع دعوى جديدة أمام القضاء المصرى للمطالبة بحقه . وتختص المحاكم المصرية بهذه الدعوى ولو لم تكن داخلة فى اختصاصها أصلا طبقاً للمبادىء العامة التى أشرنا اليها فى الباب السابق ، وذلك « حتى لا يحرم من يتمسك بالحكم الأجنبى من استيفاء حقه بالطرق المعتادة بعد ان استحال عليه تنفيذ الحكم » (١) .

واذا كانت الدولة الأجنبية تقبل تنفيذ الحكم المصرى بشرط أن تقوم محاكمها بفحصه من الوجهة الموضوعية وفقاً لمذهب المراقبة غير المحدودة ، فان على القاضى المصرى أن يسلك نفس هذا المسلك ازاء الحكم الأجنبى الصادر عن محاكم هذه الدولة والمطلوب تنفيذه فى مصر لينتهى الى السماح بتنفيذه أو رفض هذا التنفيذ .

وقد اختلف الفقه فى مصر حول حدود سلطة القضاء المصرى بمقتضى شرط التبادل اذا ما كانت محاكم الدولة الأجنبية المراد تنفيذ حكمها فى مصر تعتنق مذهب « المراجعة » وتسمح لنفسها بتعديل الحكم المصرى بعد مراجعته موضوعيا .

ويذهب البعض الى أن من حق القضاء المصرى ان يعدل الحكم الأجنبى المراد تنفيذه فى مصر فى هذه الحالة بعد مراجعته من الوجهة الموضوعية (٢) . ونحن نميل مع البعض الآخر الى القول بأن من واجب القاضى أن يفحص موضوع الحكم الأجنبى فى هذا الفرض ثم يأمر بتنفيذه أو يرفض السماح بتنفيذه على حسب الأحوال . ولكن لا يجوز له — حتى اذا كان القضاء الأجنبى يعتنق مذهب المراجعة — ان يقوم بتعديل الحكم الأجنبى . فدعوى الأمر بالتنفيذ ليست دعوى جديدة فى القانون المصرى ، وانما ينحصر

---

(١) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٣٤ .

(٢) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٣٥ .

موضوعها فى طلب تنفيذ الحكم الأجنبى (١) . ويؤيد هذا النظر ان المستقر عليه فى شأن هذه الدعوى هو أنه لو جاز للمدعى عليه أن يبدى وسائل دفاع جديدة اذا ما تصدى القاضى لموضوع الدعوى ، فليس له أن يبدى أى طلبات جديدة (٢) .

وعلى ذلك فلو رفض القاضى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى بعد مراجعته موضوعيا فليس أمام صاحب المصلحة سوى رفع دعوى مبتدأة بحقه يكون لخصمه فيها بداهة أن يبدى طلبات جديدة .

والواقع أن هذا الحل لا يتفق مع التصوير المصرى لدعوى طلب الأمر بالتنفيذ فقط ، بل انه يؤدى — فوق ذلك — الى تحقيق العدالة على نحو أفضل . فسنرى فيما بعد ان اعمال شرط التبادل قد يؤدى بالقاضى المصرى الى التأكد من كون المحكمة الأجنبية قد طبقت على النزاع القانون المختص وفقاً لقواعد الاسناد المصرية . فلو افترضنا ان الحكم الأجنبى قد طبق قانونا غير ذلك الذى تشير قاعدة الاسناد المصرية باختصاصه ، فان السماح للقاضى المصرى بتطبيق القانون المختص على واقعة الدعوى فى هذه الحالة، ثم تعديل الحكم الأجنبى بناء على ذلك ، قد يضر بمصلحة الخصوم دون مبرر . اذ قد تقتضى مصلحتهم أن يعدلوا من طلباتهم بما يتمشى مع أحكام القانون الواجب التطبيق ، وهو مالا يتأتى لهم فى دعوى طلب تنفيذ الحكم الأجنبى كما رأينا .

والواقع أن ما انتهينا اليه من منع القاضى من تعديل الحكم الأجنبى تحت ستار شرط التبادل يرجع الى قاعدة عامة مؤداها ان شرط التبادل لا يتناول

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧١٥ . والطبعة السادسة ص ٨٩٩ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧١٥ والطبعة السادسة ص ٨٩٩ والدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٤١ .

الاجراء الذى يتم به منح الحكم الأجنبى قوة التنفيذ سواء من حيث وجوب اتخاذه أو الجهة المختصة باصداره ، أو من حيث نوعه .

ولنفس هذه الأسباب لا يصح تنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر تلقائيا ودون رفع دعوى طلب الأمر بالتنفيذ التى نص عليها القانون تحت ستار شرط التبادل أو المعاملة بالمثل (١) .

ويثور التساؤل أخيرا عما اذا كان اعمال شرط التبادل أو المعاملة بالمثل يقتضى معاملة الحكم الأجنبى فى مصر نفس المعاملة التى يلقاها الحكم المصرى فى الخارج من حيث الشكل ، أم أن العبرة فى هذا الشأن بالمعاملة الفعلية ؟

وتبدو أهمية هذه المشكلة اذا ما طلب تنفيذ حكم صادر عن القضاء الانجليزى فى مصر . فقد رأينا أن القضاء الانجليزى وان استلزم رفع دعوى جديدة بالحق الذى قرره الحكم الأجنبى للمحكوم له ، الا أنه يسمح بتقديم الحكم فى هذه الحالة كدليل لا يقبل اثبات العكس .

وقد ذهب البعض الى القول بأن اعمال شرط التبادل يقتضى فى هذه الحالة ان يرفض القاضى المصرى الأمر بتنفيذ الحكم الصادر عن القضاء الانجليزى على أن يرفع صاحب المصلحة دعوى جديدة أمام القضاء المصرى (٢) .

ونحن لا نتفق مع هذا الرأى ونرى مع جانب آخر فى الفقه المصرى « أن تقدير التبادل لا يجب أن يقوم على أساس المعاملة الشكلية بل يجب أن

---

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله ص ٧١٠ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية والطبعة السادسة رقم ٢٢٥ والدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٣٤ وراجع الحل المماثل فى ألمانيا معروضاً فى Fragistas المرجع السابق ص ٢٨ .

يكون هذا التقدير على أساس القيمة التنفيذية الفعلية التى تعطيها المحاكم الأجنبية للحكم المصرى وذلك بغض النظر عن الوسيلة التى تتبعها المحاكم الأجنبية فى هذا الصدد » (١) . وعلى ذلك يتعين الأمر بتنفيذ الحكم الانجليزى فى مصر ما دام أنه قد استوفى الشروط الأساسية اللازمة لصحته على نحو ما سنبين فيما بعد .

وكما ينطبق شرط التبادل إزاء الأحكام الأجنبية على النحو الذى رأيناه ، فهو ينطبق بالمثل — وبصريح نص المادة ٢٩٦ من قانون المرافعات — على الأوامر الصادرة من المحاكم الأجنبية بمقتضى وظيفتها الولائية .

ويلاحظ أن العبرة فى تقدير التبادل هى بالمعاملة التى يلقاها الحكم أو الأمر المصرى فى الدولة التى صدر الحكم أو الأمر الأجنبى عن محاكمها وليس بالدولة التابع لها الخصوم .

وانما تثور الصعوبة فى حالة ما اذا كانت الدولة التى صدر الحكم عن محاكمها من الدول المركبة التى تتعدد قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية فيها بين ولاية وأخرى مثل سويسرا . « ولا مفر فى هذه الحالة من القول بأن القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ يبحث التبادل فى الولاية الصادر منها الحكم المراد تنفيذه فى مصر » (٢) .

٦٣ — الوقت الذى يعتد به فى توافر شرط التبادل

لم يفصح المشرع المصرى عن الوقت الذى يجب الاعتداد به فى توافر شرط التبادل ، وهل يتعين أن يتوافر هذا الشرط عند صدور الحكم الأجنبى المراد تنفيذه فى مصر أو صيرورته نهائيا أم عند التقدم بطلب تنفيذه الى القضاء المصرى .

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ص ٥٠٠ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٨ .
(٢) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧١٢ والطبعة السادسة ص ٨٩٦ .

وقد تعرض القضاء الألمانى لهذه المشكلة وقرر وجوب التفرقة بين ما اذا كان صاحب المصلحة قد طلب تنفيذ الحكم الأجنبي فى المانيا أو أنه قد تمسك فقط بحيازة هذا الحكم لحجية الشىء المقضى به . فى حالة طلب تنفيذ الحكم الأجنبي يتعين أن يكون شرط التبادل متوافرا عند التقدم بطلب التنفيذ . أما اذا كان المحكوم له قد تمسك بحجية الحكم الأجنبي فيكفى أن يكون شرط التبادل قد توافر عند تمتع الحكم الأجنبي بهذه الصفة (حجية الشىء المحكوم فيه) فى الدولة الأجنبية (١) .

ونحن نرى على العكس أن مراعاة حكمة التشريع تستوجب اشتراط توافر شرط التبادل عند التمسك بحجية الحكم الأجنبي فى مصر أو عند الأمر بتنفيذه فيها . فحجية الشىء المقضى به والقوة التنفيذية هما مظهران لنفاذ الحكم وان كان الأول مظهرا سلبيا والثانى مظهرا ايجابيا .

ومن جهة أخرى فان الأخذ بالتفرقة التى قال بها القضاء الألمانى يؤدى الى نتائج غير مقبولة . اذ أنه من المتصور وفقا لهذا الاتجاه ان يتمتع الحكم الأجنبي بقوة الشىء المقضى به فى مصر اذا كان شرط التبادل متوافرا عند صدور الحكم أو صيرورته نهائيا ، بينما لا يصح تنفيذ هذا الحكم فيها ما دام أن شرط التبادل لم يعد متوافرا عند طلب التنفيذ . وتؤدى هـذه النتيجة الى انكار العدالة ، لأن المحكوم له لن يستطيع تنفيذ الحكم الأجنبي فى مصر لتخلف شرط التبادل فى الوقت الذى لن يتمكن فيه من رفع دعوى جديدة لوقوف حجية الحكم الأجنبي حائلا يمنعه من تجديد النزاع مرة أخرى .

---

(١) راجع هذا الاتجاه معروضا فى :
F. Riad, La Valeur International des Jugements en Droit Comparé.
رسالة مقدمة الى جامعة باريس — سيراي ١٩٥٥ ص ١١٣ .

٦٤ — صور التبادل

يمكن للتبادل أن يتخذ ثلاث صور :

التبادل الدبلوماسي : ومؤداه أن ينص على مبدأ التبادل فى معاهدة دولية تلزم كل من الدول المتعاقدة بتوفير نفس المعاملة للحكم الصادر من محاكم الدول الأخرى (١) .

التبادل التشريعي : وهذا النوع من التبادل يؤدى الى تعليق تنفيذ الحكم الحكم الأجنبي على شرط أن يكون تشريع الدولة التى صدر هذا الحكم عن محاكمها يسمح بتنفيذ أحكام الدول الأخرى .

التبادل الواقعي : ويكفى فى هذه الصورة من التبادل أن يكون العمل قد جرى فى الدولة على السماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية حتى ولو لم يكن قد نص على ذلك فى معاهدة أو تشريع . وعلى ذلك يمكن للقاضى الوطنى أن ينفذ الحكم الصادر عن محاكم دولة أجنبية مادام أن العمل قد جرى فى هذه الدولة على تنفيذ أحكام الدول الأخرى من حيث الواقع .

ويرى جانب من الفقه المصرى أنه لكى يتحقق شرط التبادل فى مصر فيجب أن يكون تشريع الدولة المراد تنفيذ حكمها ينص على امكان تنفيذ أحكام الدول الأخرى فيها . ويستند هذا الرأى على حجة مستمدة من ظاهر النصوص مؤداها أن « صيغة المادة ٤٩١ (من قانون المرافعات القديم والمقابلة للمادة ٢٩٦ من القانون الجديد) أقرب الى معنى اشتراط التبادل التشريعي » (٢) .

---

(١) ويلاحظ أن التبادل الدبلوماسى متوافر بين الجمهورية العربية المتحدة والدول العربية الأخرى المشتركة فى اتفاقية تنفيذ الأحكام التى أقرها مجلس جامعة الدول العربية فى سنة ١٩٥٢ . راجع نصوص الاتفاقية وشرح حكامها فى المحاضرات التى ألقاها الاستاذ العميد الدكتور عزالدين عبد الله على طلاب معهد البحوث والدراسات العربية (قسم البحوث والدراسات القانونية) فى العام الدراسى ١٩٦٧ — ١٩٦٨ والتى نشرها المعهد المذكور عام ١٩٦٨ .

(٢) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٣٤ هامش (١) .

ونحن نميل مع جانب آخر من الفقه الى الاعتداد أساسا بالتبادل الواقعي . فيكفي أن تكون الدولة المراد تنفيذ الحكم الصادر عن محاكمها فى مصر تسمح من حيث الواقع بتنفيذ أحكام الدول الأخرى فيها (١) . وهو نفس الحل المعمول به فى المانيا (٢) .

ويترتب على ذلك انه يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي فى مصر اذا كانت الدولة التى صدر الحكم عن محاكمها تسمح بتنفيذ الأحكام المصرية فيها من حيث الواقع ولو لم يكن هناك نص تشريعي يؤدى الى هذا المعنى . ومن جهة أخرى فلا يتحقق شرط التبادل رغم النص عليه فى تشريع الدولة الأجنبية ما دام أن العمل قد جرى فى هذه الدولة على عدم السماح بتنفيذ الأحكام المصرية فيها (٣) .

٦٥ — تقدير شرط التبادل

يبدو أن المشرع المصرى قد هدف من وراء النص على شرط التبادل اكراه الدول الأجنبية على الاعتراف بآثار الأحكام المصرية فيها ، وهو نفس الاعتبار الذى دفع المشرع الالمانى الى الأخذ بهذا المبدأ (٤) .

ومع ذلك فان مبدأ التبادل لم يسلم من نقد الشراح . وتتلخص أوجه النقد الموجهة الى شرط التبادل فى الآتى :

١ — ان شرط التبادل يستلزم من القاضى أن يكون محيطا بمختلف النظم القانونية الأجنبية ليتأكد من سماحها بتنفيذ الأحكام المصرية من عدمه (٥) .

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧١١ والطبعة السادسة ص ٨٩٥ .
(٢) الدكتور فؤاد رياض فى رسالته السابق الاشارة اليها ص ١١٢ .
(٣) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧١١ والطبعة السادسة ص ٨٩٥ .
(٤) راجع رسالة الدكتور فؤاد رياض ص ١١٣ .
(٥) راجع هذا النقد معروضا فى مذكرات الدكتور شمس الدين الوكيل السابق الاشارة اليها ص ١٩٩ .

ونحن نعتقد ان هذا النقد ليس حاسما فى ذاته . اذ أن هذه الصعوبة تثور أيضا فى كل مرة ينص المشرع فيها على تطبيق قنون أجنبي بمقتضى قواعد الاسناد الوطنية .

ومع ذلك يتفق الفقه الحديث على أن من واجب القاضى فى هذه الحالة أن يبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، كما ان له فى سبيل ذلك ان يطلب من الخصوم معاونته فى هذا البحث (١) .

٢ — كما قيل أيضا ان « شرط التبادل لا يوفر الضمان للدولة بأن الأحكام الأجنبية التى ستسمح بتنفيذها هى أولى الأحكام بالتنفيذ وأكثرها عدالة » (٢) .

وفى تقديرنا ان هذا النقد ليس حاسما بدوره طالما استلزمت الدولة لامكان تنفيذ الحكم الأجنبي أن تتوافر فيه شروط أساسية . وسنرى فيما بعد ان من بين هذه الشروط أن يكون الحكم الأجنبي صادرا بناء على اجراءات صحيحة ، وألا يتعارض مضمونه مع النظام العام فى الدولة المراد تنفيذه فيها .

وعندنا ان فى ذلك ما يكفى لضمان حد أدنى من الاطمئنان فى سلامة الحكم الأجنبي .

٣ — قرر بعض الشراح ان استلزام الدولة لشرط التبادل لا يمنع الدول الأخرى من التحايل على هذا الشرط بغية التوصل الى تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكمها فى الدولة التى تأخذ بمبدأ التبادل . ويضربون لذلك مثل ما حدث بالنسبة لزلزال سان فرنسسكو سنة ١٩٠٦ . فقد رفع المصابون دعاوى ضد شركات التأمين أمام القضاء الأمريكى وحصلوا على أحكام

---

(١) راجع رسالتنا فى « مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى » رقم ١٥٧ وما بعده .
(٢) راجع هذا النقد معروضا فى مذكرات الدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٩ .

تقضى بتعويض ما أصابهم من اضرار . ولما كانت أموال شركات التأمين الألمانية كائنة فى المانيا فقد اضطر المصابون الى التقدم للقضاء الألمانى بطلب تنفيذ هذه الأحكام . ومن المعلوم ان التشريع الألمانى لا يجيز تنفيذ الأحكام الأجنبية الا بشرط التبادل. ولهذا سارع المشرع الأمريكى الى النص على شرط التبادل فى تشريعه بقصد التحايل على القضاء الألمانى .

ونحن نعتقد انه فى الامكان تلافى التحايل السابق عن طريق استخدام فكرة النظام العام . وهذا ما فعله القضاء الألمانى فى المثال السابق، فلم يتردد فى رفض تنفيذ الأحكام الأمريكية فى المانيا (١) .

٤ - ولعل النقد الجارح الذى وجه الى فكرة التبادل بحق فهو أنها فكرة سياسية يجب أن تكون بمنأى عن الروابط القانونية المتعلقة بحقوق الأفراد(٢). فليس من العدل أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبى الذى تمسك به صاحب المصلحة لمجرد ان قانون الدولة التى صدر الحكم عن محاكمها لا يجيز تنفيذ أحكام الدول الأخرى . بل ان هذا الوضع لا يمس حقوق الأجانب فقط ، بل قد يضر بالوطنيين أيضا فيما لو كان الحكم الأجنبى قد صدر لصالح احد رعايا الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها (٣) . فمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية أو عدم جوازها هى « مسألة يجب أن تقدرها الدولة وفق ما تراه مثالا للعدالة » (٤) .

ولهذا فنحن نعتقد ان المشرع المصرى قد جانبه الصواب حينما نقل مبدأ التبادل عن التشريع الالمانى . والغريب ان المشرع المصرى لم يكتف بتجاهل

---

(١) الدكتور فؤاد رياض - الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائى الدولى - ص ٥٠١ .

(٢) أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل - السابق ص ١٩٩ و Fragistas السابق ص ٣٦ ، ٣٧ .

(٣) Arminjon ج ٣ ص ٢٧٥ .

(٤) الدكتور عز الدين عبد الله ص ٧١٣ .

النقد الموجه الى مبدأ التبادل فقط ، بل انه لم يحرص على مراعاة القيود التي أوردها المشرع الألماني نفسه على هذا المبدأ (١) .

ومهما كان الأمر فان الأخذ بمبدأ التبادل يتضمن معنى الايمان بأن أساس تنفيذ الأحكام الأجنبية فى الاقليم هو فكرة المجاملة الدولية . فالمجاملة تقتضى بالضرورة تبادل المعاملة بالمثل (٢) . ولا شك أن فكرة المجاملة لم تعد صالحة كأساس لقواعد القانون الدولى الخاص . وهى تؤدى فى حالتنا الى نتائج غير مقبولة ، اذ لا يصح أن يخضع أداء العدالة فى الدولة لمجرد دواعى المنفعة أو للاعتبارات السياسية (٣) .

ثانيا : الشروط الأساسية لتنفيذ الأحكام الأجنبية

٦٦ — النص التشريعى

مضت الاشارة الى أن تحقق شرط التبادل لا يغنى عن وجوب توافر الشروط الأساسية اللازمة لصحة الحكم الأجنبي من الوجهة الدولية . ويرجع ذلك الى كون شرط التبادل لا يتناول ، كما رأينا ، الاجراء الذى يتم به منح الحكم الأجنبي قوة التنفيذ فى مصر ، سواء من حيث نوعه ، أو شروطه ، أو الجهة المختصة به . بل ان عدم تناول شرط التبادل للشروط الأساسية اللازمة لصحة الحكم ، هو أمر تقتضيه الغاية التى من أجلها استلزم المشرع هذه الشروط ، وهى كفالة عدم العدوان على متطلبات النظام العام فى مصر وتحقيق العدالة (٤) .

---

(١) فرغم ان المشرع الألمانى قد نص على شرط التبادل فى المادة ٣٢٨ من قانون المرافعات ، الا أنه قد أباح مع ذلك الاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية رغم تخلف الشرط اذا كان النزاع يتعلق بحقوق غير مالية ، أو لم تكن هناك محكمة ألمانية مختصة وفقاً للقانون الألمانى . راجع رسالة الدكتور فؤاد رياض « القيمة الدولية للأحكام » ص ١٠٨ وما بعدها .

(٢) F. Riad, Foreign Jurisdictional Acts. — السابق ص ٥ .

(٣) المرجع السابق ص ٥ .

(٤) قرب الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧١٠ والطبعة السادسة ص ٨٩٤ .

وقد عدد المشرع المصرى هذه الشروط فى المـــادة ٢٩٨ من قانون المرافعات والتى تنص على أنه « لا يجوز الأمر بالتنفيذ الا بعد التحقق مما يأتى :

١ — أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التى صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التى أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائى الدولى المقررة فى قانونها .

٢ — ان الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلا صحيحاً .

٣ — ان الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضى به طبقاً لقانون المحكمة التى أصدرته .

٤ — ان الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم او أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها » .

وسنوالى تباعاً دراسة هذه الشروط .

٦٧ — الشرط الأول : صدور الحكم الأجنبى من هيئة قضائية مختصة

نص المشرع فى البند الأول من المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات على أنه يشترط لتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى فى مصر أن يكون صادرا عن هيئة قضائية مختصة طبقاً لقواعد الإختصاص القضائى الدولى المقررة فى قانونها ، ويشترط ألا تكون محاكم الجمهورية مختصة بالمنازعة التى صدر الحكم أو الأمر الأجنبى فى شأنها .

ورغم أن المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم كانت تكتفى باشتراط صدور الحكم أو الأمر الأجنبى عن هيئة قضائية مختصة « وفقاً لقانون البلد الذى صدر فيه » ، إلا أن الفقه المصرى الغالب قد خرج مع ذلك عن المعنى الواضح المحدد لهذا النص، واشترط فوق ذلك — مع إختلاف فى التفاصيل —

ألا تكون المحاكم المصرية مختصة بنظر الدعوى ، على الأقل بالنسبة لبعض المنازعات .

وعلى ذلك يمكن القول من البداية أن صياغة المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات الجديد تعد إنعكاساً — إلى حد ما — للإتجاه العام الذى ساد لدى الفقه المصرى الغالب فى ظل قانون المرافعات القديم .

ولهذا يبدو لنا أن تفسير نص المادة ٢٩٨ من القانون الجديد لا يمكن أن يتأتى على الوجه السليم إلا بدراسة الإتجاهات المختلفة فى الفقه المصرى قبل صدور قانون المرافعات الجديد .

وقد كانت نقطة البداية لدى الفقه المصرى فى ظل قانون المرافعات القديم متفقة مع ظاهر نص المادة ٤٩٣ من هذا القانون . فقد إشترط الفقه بصفة مبدئية لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى فى مصر أن يكون صادرا من محكمة مختصة « وفقاً لقانون البلد الذى صدر فيه » . وقد فسر الفقه الغالب المراد بالإختصاص فى هذا الشأن على أنه الإختصاص الدولى للمحكمة التى صدر الحكم أو الأمر الأجنبى عنها .

وعلى ذلك فلا يشترط لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى فى مصر أن تكون المحكمة التى اصدرته مختصة وفقاً لقواعد الإختصاص الداخلى فى الدولة التى تتبعها (١) .

---

(١) راجع فى ذلك الدكتور شمس الدين الوكيل . دروس غير مطبوعة فى القانون الدولى الخاص . المرجع السابق ص ٢٠٠ والدكتور عز الدين عبد الله ص ٧١٧ . وأنظر أيضا دروسنا فى تنازع الإختصاص القضائى السابق الإشارة إليها ص ١١٤ . وراجع فى فرنسا Batiffol المطول رقم ٧٥٦ . وأنظر مع ذلك الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٣٧ هامش (١). وهو يرى انه يشترط لكى يسمح بتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى فى مصر أن تكون المحكمة الأجنبية التى أصدرته مختصة ايضا وفقاً لقواعد الإختصاص الداخلى فى قانون الدولة التى تتبعها . ولعله قد تأثر فى ذلك مما تواتر عليه القضاء فى فرنسا. راجع هذا القضاء معروضا فى Batiffol المرجع السابق رقم ٧٥٦ ، =

ويبدو أن المشرع المصرى قد أيد هذا النظر فى القانون الجديد. فقد أشار فى المادة ٢٩٨ / ١ صراحة إلى أن المقصود باختصاص المحكمة الأجنبية كشرط لتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي فى مصر هو الإختصاص الدولى .

ومع ذلك فاذا ترتب على عدم الإختصاص الداخلى بطلان الحكم أو الأمر الأجنبي فى الدولة التى صدر عن محاكمها فلا يجوز تنفيذ الحكم أو الأمر فى مصر ، إذ من غير المقبول أن يقوم القضاء المصرى بتنفيذ حكم باطل (١) .

ورغم إتفاق الفقه المصرى الغالب فى ظل قانون المرافعات القديم على ضرورة التيقن من صدور الحكم أو الأمر الأجنبي عن هيئة قضائية مختصة

= ويؤيد جانب من الفقه الفرنسى هذا الحل : راجع Bartin, Principes de droit international privé الجزء الأول ص ٥٦٤ . ويبدو مع ذلك أن بعض الأحكام الفرنسية قد إتجهت أخيرا إلى عدم تقصى سلامة الإختصاص الداخلى للمحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم المراد تنفيذه فى فرنسا على أساس أن تمتع الحكم الأجنبى بقوة الشىء المحكوم فيه فى الدولة التى يتبعها من شأنه أن يجعل البحث فى مدى إختصاص المحكمة التى أصدرته وفقاً لقواعد الإختصاص الداخلى أمرا عديم الجدوى . راجع فى ذلك قضاء محكمة السين معروضا فى Bellet, La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers.

تقرير مقدم إلى اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص. منشور بأعمال اللجنة ١٩٦٢ — ١٩٦٤ ص ٢٧٨ .

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩١٥ ، ٩١٦ والطبعة الثانية ص ٧١٧ ودروسنا فى تنازع الإختصاص القضائى الدولى ص ١١٤ وراجع نفس هذا الرأى فى فرنسا Batiffol المطول رقم ٧٥٦ . وقد أكدت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد هذا المعنى. فقد جاء بها « جاء نص البند الأول من المادة ٢٩٧ من المشروع (المادة ٢٩٨ من القانون الجديد) أوضح بيانا من نص البند الأول من الماده ٤٩٣ المقابلة لها فى القانون القائم (القانون القديم) فيما يتعلق بشرط الإختصاص الدولى من حيث أنه يبين أن المقصود بالإختصاص هو الإختصاص القضائى الدولى للمحكمة الأجنبية دون الإختصاص الداخلى فيها ، إذ أن التطور الفقهى القضائى فى شأن هذا الأخير يذهب إلى أنه ليست كل مخالفة لقاعدة من قواعد الإختصاص الداخلى للمحكمة الأجنبية تؤدى إلى عدم صدور الأمر بالتنفيذ بل أن الذى يؤدى إلى ذلك هو المخالفة التى تجعل الحكم عديم القيمة فى بلد القاضى الذى أصدره » .

إختصاصا دوليا وفقاً لقانون الدولة التى صدر عنها هذا الحكم أو الأمر ، وهو ما يتفق تماما مع نص المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات الملغى ، إلا أنه وضع كما رأينا قيدا آخر مؤداه ألا تكون المحاكم المصرية مختصة بالنزاع الذى صدر الحكم او الأمر الأجنبي فى شأنه ، على الأقل بالنسبة لبعض المنازعات .

ومع إتفاق الفقه الغالب فى تفسيره للمادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم على هذا القيد الأخير ، خروجا على المعنى الواضح للنص ، إلا أنه إنقسم مع ذلك إلى إتجاهين أساسيين :

الاتجاه الأول : أكد جانب من الفقه المصرى ضرورة التفرقة بين الإختصاص المانع أو القاصر للمحاكم المصرية كما هو الشأن بالنسبة للدعاوى المتعلقة بمال كائن فى مصر ، وبين إختصاصها الجوازى أو المشترك كما هو الحال بالنسبة للمنازعات المتعلقة بعقد أبرم أو نفذ فى مصر . فى الحالة الأولى يتعين رفض تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي مادام أنه صادر فى شأن نزاع يدخل فى الإختصاص القاصر للمحاكم المصرية ، بينما يجوز على العكس فى الحالة الثانية تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي رغم إختصاص محاكم الجمهورية بالدعوى، ما دام ان هذا الإختصاص جوازى أو مشترك . فى هذه الحالة الأخيرة فان إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى بناء على كون مصر هى بلد إبرام العقد مثلا لا ينفى عن محاكم الدولة الأجنبية إختصاصها القائم على كونها دولة تنفيذ العقد إستجابة لإعتبارات التجارة الدولية (١) .

(١) راجع أستاذنا العميد الدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢٠٢ وقارن الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٣٦ هامش (١) .

وقد أيدت محكمة النقض المصرية فى حكم حديث لها هذا النظر . فقد رفع أحد البنوك العربية دعوى أمام محكمة القاهرة الإبتدائية يطلب فيها الأمر بتنفيذ حكم صادر عن القضاء الأردنى ضد مدينيه ، فأصدرت المحكمة أمرها بالتنفيذ لصالح البنك وتأيد الحكم إستئنافيا ، فرفع مدينى البنك طعنا أمام محكمة النقض أثاروا فيه مشكلة عدم إختصاص المحكمة الأردنية (محكمة بداية القدس الأردنية) بنظر النزاع، وبينوا فىالطعن أنهم يتوطنون فىمصر ، ومن ثم فان القضاء المصرى هو=

والأمر على خلاف ذلك ، وفقاً لهذا الإتجاه ، بالنسبة للإختصاص القاصر . إذ أن إختصاص المحاكم المصرية القائم على كون مصر هى دولة موقع العقار مثلا هو أمر يمس كيان الدولة الإقتصادى، ويتنافى بالتالى مع الإعتراف بولاية المحاكم الأجنبية للفصل فى مثل هذا النزاع (١) .

وقد أخذ هذا الإتجاه التفرقة السابقة من بعض أحكام القضاء الفرنسى ، والذى فرق هو الآخر بين الإختصاص الجوازى والإختصاص الضرورى أو القاصر للمحاكم الفرنسية . فسنرى فيما بعد أن القضاء الفرنسى لا يجيز

= المختص دولياً بنظر النزاع . إذ أنه يشترط لإعتبار المحكمة الأجنبية المطلوب تنفيذ حكمها فى مصر مختصة بالدعوى الا تكون المحاكم المصرية مختصة بها وفقاً لقواعد الإختصاص القضائى الدولى . وقد رفضت محكمة النقض هذا الوجه من الطعن لأنه حتى لو فرض أن المحكوم ضدهم يتوطنون فى مصر وتوافر إختصاص المحاكم المصرية بناء على ذلك ، إلا أنه « لما كان الثابت هو أن محكمة بداية القدس هى الأخرى مختصة بنظر الدعوى طبقاً لقانونها ، وكان إختصاصها يقوم أصلا على أساس كونها محكمة محل إبرام العقد والمحل المشروط تنفيذه فيه ، وهما ضابطان للإختصاص القضائى مسلم بهما فى غالبية التشريعات ويقرهما قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها (المادة ٢/٣ من قانون المرافعات) ، لما كان ذلك ، وكانت محكمة بداية القدس ، وهى إحدى جهتى القضاء المنعقد لها الإختصاص فى النزاع القائم بين الطرفين قد رفعت إليها فعلا وأصدرت فيها الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه فى الدعوى الراهنة ، فان دوافع المجاملة ومقتضيات الملاءمة وحاجة المعاملات الدولية توجب — فى نطاق الظروف المتقدم ذكرها — إعتبار هذا الحكم قد صدر من محكمة أجنبية فى حدود إختصاصها ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد إلتزم هذا النظر فانه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ، وبالتالى يكون النص بهذا السبب على غير أساس » . وبصرف النظر عن عدم توفيق المحكمة فيما قررته من أن المجاملة الدولية هى أساس الإعتراف باختصاص المحكمة الأردنية — ورغم ان حاجة المعاملات الدولية تعد فى ذاتها أساسا كافيا للإعتراف باختصاص المحكمة الأجنبية فى هذا الفرض — فانه يبدو من حيثيات الحكم السابق أن محكمتنا العليا قد اقرت فكرة الإختصاص المشترك التى أوضحناها فى المتن . فقد اعتبرت المحكمة أن حالة الإشتراك قائمة بين كل من المحاكم المصرية والمحكمة الأردنية على إعتبار أن إختصاص الأولى يقوم على فكرة توطن المدعى عليهم فى مصر وان إختصاص الثانية يقوم على أساس محل إبرام العقد ومحل التنفيذ . راجع نقض ٢ يوليو ١٩٦٤ . مجموعة أحكام النقض س ١٥ عدد ٢ ص ٩٠٩ . وأنظر تعليق الدكتور عز الدين عبد الله على الحكم فى مؤلفه السابق الإشارة إليه . الطبعة السادسة ص ٩١٣ ، ٩١٤ .

(١) راجع الدكتور شمس الدين الوكيل . المرجع السابق ص ٢٠٢ .

كمبدأ عام تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر فى نزاع يدخل فى إختصاص المحاكم الفرنسية . ومع ذلك فقد أقام التفرقة السابقة إستجابة للإعتبـــــارات الدوليـــة (١) .

الاتجاه الثانى : إتجه فريق آخر من الفقه المصرى فى ظل القانون القديم إلى القول بعدم جواز تنفيذ الأحكام أو الأوامر الأجنبية فى مصر كأصل عام مادام أن القضاء المصرى يختص بالدعوى . فاذا « ثبت للقاضى المصرى أن المنازعة الى صدر فيها الحكم الأجنبي المطلوب منه إصدار الأمر بتنفيذه ولو أنها تدخل فى إختصاص المحكمة التى أصدرته وفقاً لقانونها ، إلا أنها تدخل فى الإختصاص الدولى للمحاكم المصرية وفقاً للقانون المصرى ، إمتنع عن إصدار الأمر بالتنفيذ . » (٢) فكأن هذا الرأى قد إستلزم فى الواقع أن يتحدد إختصاص المحكمة المطلوب تنفيذ حكمها فى مصر مبدئيا وفقاً لقواعد الإختصاص الدولى للمحاكم المصرية . وينحصر الرجوع إلى قانون دولة المحكمة التى أصدرت الحكم لتقدير إختصاصها — وفقاً للرأى السالف — فى الاحوال التى يتبين فيها للقاضى المصرى أن المحاكم المصرية غير مختصة بالنزاع وفقا للقانون المصرى .

وقد تأثر هذا الإتجاه أساسا بما جرى عليه الفقه والقضاء فى كثير من دول العالم ومن بينها فرنسا بصفة خاصة . ولبيان ذلك نشير إلى أن القضـاء الفرنسى الغالب قد إعتد فى تحديد مدى إختصاص المحكمة المراد تنفيذ حكمها فى فرنسا بقواعد الإختصاص الدولى المقررة فى القانون الفرنسى . فاذا كانت المحاكم الفرنسية مختصة بالنزاع إمتنع على القاضى الفرنسى إصدار أمر التنفيذ . أما إذا لم تكن المحاكم الفرنسية مختصة فعلى القاضى أن يقـدر إختصاص المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم المراد تنفيذه فى فرنسا وفقاً

---

(١) راجع هذا القضاء معروضا فى Batiffol المطول ص ٨٤٣ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧١٩ .

لقواعد الإختصاص الدولى للمحاكم الفرنسية (١) .

وعلى هذا النحو تعتبر المحكمة الأجنبية مختصة إذا كان المال محل النزاع كائنا فى إقليمها ، لأن إختصاص محكمة الموقع يعد من المبادىء التى يقوم عليها الإختصاص الدولى للمحاكم الفرنسية . وهذا هو ما قصده الأستاذ « بارتن » بالتطبيق غير المباشر لقواعد الإختصاص الدولى الفرنسية (٢) .

وخلاصة القول أنه لا يجوز كقاعدة عامة تنفيذ الحكم الأجنبى فى فرنسا مادامت المحاكم الفرنسية مختصة بالنزاع ، اللهم إلا فى الحالات الاستثنائية التى تستلزمها طبيعة المعاملات الدولية كما هو الشأن فى المنازعات المتعلقة بالعقود الدولية . أما إذا لم تكن المحاكم الفرنسية مختصة بالنزاع ، فان تقدير مدى إختصاص المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم المراد تنفيذه فى فرنسا يتحدد فى هذه الحالة أيضا بالتطبيق غير المباشر لقواعد الإختصاص الدولى فى القانون الفرنسى (٣) . وهذا الإتجاه الذى استقر عليه القضاء الفرنسى متبع أيضا فى الكثير من دول العالم (٤) .

وقد حاول جانب من الفقه أن يرد هذا الإتجاه إلى أصول نظرية فقرر

---

(١) راجع فى ذلك :

Bellet La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers.

التقرير السابق الإشارة إليه والمقدم للجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص . أعمال اللجنة ١٩٦٢ — ١٩٦٤ ص ٢٧٥ وما بعدها و Batiffol المطول رقم ٧٥٤ . وأنظر فى دراسة مقارنة حول هذا الموضوع

F. Riad, La valeur internationale des jugements en droit comparé.

الرسالة السابق الإشارة إليها ص ٤٥ وما بعدها .

(٢) Bartin, Principes de droit international privé الجزء الأول رقم ٢٠٦.

(٣) وهو ما دعى البعض إلى حد القول بأن قواعد الإختصاص القضائى الدولى فى فرنسا قد أصبحت قواعد مزدوجة الجانب . راجع فى ذلك Bellet السابق ص ٢٨٨ .

(٤) F. Riad, Thèse précitée p. 15 et s.

أن قواعد الإختصاص القضائى الدولى تهدف أساسا إلى توزيع الإختصاص القضائى بين محاكم الدول المختلفة توزيعا عادلا . وعلى ذلك فلا يصح لدولة ما أن تتوسع فى إختصاص محاكمها على حساب الدول الأخرى . ونظرا لعدم وجود قواعد دولية ترسم لكل دولة حدود إختصاص محاكمها ، فان النتيجة المترتبة على ذلك هو أن من واجب كل قاض أن يقوم بنفسه بمراقبة التوزيع العادل للإختصاص . وعلى هذا النحو فان على القاضى الذى طلب منه الأمر بتنفيذ حكم أجنبى أن يقدر مدى إختصاص المحكمة التى أصدرته وفقاً لقانونه ، بوصفه القانون الأكثر تحقيقا للعدالة من وجهة نظره (١) .

ويبدو أن تشكك رجال القضاء فى فرنسا أنفسهم فى سلامة هذا النظر الذى ينطوى على نظرة إقليمية بحت هو ما دعى بعضهم إلى الإعتراف بصراحة بأن إتجاه المحاكم الفرنسية نحو الرجوع إلى القانون الفرنسى لتقدير مدى إختصاص المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم المراد تنفيذه فى فرنسا هو إتجاه يستند بالدرجة الأولى على إعتبارات عملية . ذلك أن الرجوع إلى قانون الدولة التى صدر الحكم المراد تنفيذه فى فرنسا عن محاكمها لتقدير مدى إختصاص هذه الأخيرة بالدعوى هى مهمة شاقة تستلزم من القاضى بذل جهد كبير للكشف عن مضمون القانون الأجنبى وإثباته . ولهذا فضل القضاء الفرنسى الرجوع إلى قانونه لتقدير إختصاص المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه فى فرنسا (٢) .

فكأن إستسلام المحاكم بهذه البساطة للصعوبات التى قد يثيرها إثبات القانون الأجنبى هو الذى يفسر فى النهاية موقف القضاء الفرنسى فى شأن الرجوع إلى القانون الوطنى لتقدير الإختصاص الدولى للمحاكم الأجنبية .

---

(١) Fragistas, La reconnaissance des jugements étrangers. op. cit. p. 17.

(٢) راجع Bellet فى المناقشات التى أعقبت تقريره المقدم للجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص والسابق الإشارة إليه ص ٢٨٧ وما بعدها .

وقد أحس جانب من الفقه الفرنسي بضعف الأساس الذى يقوم عليه موقف القضاء هناك على النحو الذى بيناه فحاول أن يخفف من تشدد الإتجاه السالف مقررا ضرورة الرجوع إلى قواعد الإختصاص الدولى فى الدولة الأجنبية التى صدر الحكم المراد تنفيذه عن محاكمها لتقدير إختصاص هذه المحكمة ، وذلك فى الأحوال التى يتبين فيها أن المحاكم الوطنية غير مختصة بالنزاع (١) .

وقد تأثر الإتجاه الفقهى المصرى الثانى الذى مضت الإشارة إليه بهذا الرأى الأخير من حيث المبدأ فاشترط لإمكان تنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر كما رأينا أن تكون المحكمة التى أصدرته مختصة وفقاً لقانونها وألا يكون القضاء المصرى مختص بالنزاع الذى صدر الحكم الأجنبى فى شأنه .

ومع ذلك فقد خفف هذا الإتجاه من المبدأ السالف فأجاز تنفيذ الأحكام أو الأوامر الأجنبية رغم إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى فى مواد الأحوال الشخصية للأجانب والمنازعات المتعلقة بالعقود ما لم يكن النزاع يتعلق فى أى من الحالتين بمال كائن فى مصر (٢) .

ومهما كان من أمر الإتجاهين السالفين ، واللذين سادا لدى الفقه المصرى الغالب فى ظل قانون المرافعات القديم . فان الملاحظ أنهما يتفقان من حيث المبدأ على وجوب رفض تنفيذ الأحكام أو الأوامر الأجنبية الصادرة فى شأن المنازعات التى تدخل فى ولاية المحاكم المصرية ، مع تقدير إستثناءات على القاعدة المتقدمة حيث يجوز تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى رغم إختصاص محاكم الجمهورية بالنزاع فيما لو كان إختصاص هذه الأخيرة إختصاص مشترك وفقاً للإتجاه الأول ، أو كان النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية للأجانب أو بالعقود وفقاً للإتجاه الثانى .

---

(١) راجع Niboyet مطول القانون الدولى الخاص . الجزء السادس رقم ١٩٥٦ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧٢٠ وما بعدها .

وقد سبق لنا أن إنتقدنا مع جانب من الفقه المصرى الحديث كل من الاتجاهين السالفين فى ظل القانون القديم (١) . فالإتجاه الأول الذى يقيم التفرقة بين الإختصاص القاصر والإختصاص المشترك قد تأثر بالقضاء الفرنسى فنقل عنه التفرقة السابقة رغم أنها تفرقة توقع فى اللبس .

فقواعد الإختصاص القضائى هى فى حقيقة الأمر قواعد مفردة الجانب . فاذا تقرر إختصاص المحاكم المصرية بناء على توافر أحد ضوابط الإختصاص التى نص عليها القانون فقد أصبحت هذه المحاكم مختصة بنظر الدعوى ولم يعد من الجائز بعد ذلك القول بأن إختصاصها فى هذا الشأن هو إختصاص قاصر أو إختصاص مشترك . ذلك أنه لو إختصت المحاكم المصرية بالمنازعة وفقاً لقانونها « فانه لا يعنيها بعد ذلك أن تكون محاكم دولة أخرى مختصة بها وفقاً لقانونها » (٢) .

أما عن الإتجاه الثانى فقد أقام التفرقة بين المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب ومنازعات العقود من ناحية ، وبين المنازعات التى لا تتعلق بهذه المسائل من ناحية أخرى . فأجاز تنفيذ الأحكام الأجنبية رغم إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى فى الحالة الأولى ، ومنع تنفيذ هذه الأحكام مادامت محاكم الجمهورية تختص بالنزاع فى الحالة الثانية . ولا شك أن هذه التفرقة تفتقر بدورها إلى السند القانونى السليم . فليس من المقبول أن يقدر مدى إختصاص المحاكم الأجنبية فى ضوء قواعد الإختصاص المصرية . فتقدير مدى إختصاص المحكمة الأجنبية يجب أن يتم وفقاً لقواعد

---

(١) راجع بصفة خاصة مقال أستاذنا الدكتور فؤاد رياض تحت عنوان :

Compétence étrangère et jugements étrangers dans la conception législative moderne. منشور فى مجلة القانون والإقتصاد عدد مارس ويونيو ١٩٥٦ ص (١) وما بعدها من القسم الأجنبى . وأنظر دروسنا فى تنازع الإختصاص القضائى الدولى . السابق الإشارة إليها ص ١١٧ وما بعدها .

(٢) وأنظر فى نقد هذا الإتجاه أيضا الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧٢٠ ،

الإختصاص الدولى السائدة فى الدولة التى تتبعها بصرف النظر عن إختصاص القضاء المصرى بالدعوى من عدمه . وفى القول بغير ذلك إهدار لمتطلبات الحياة الدولية (١) . حقاً إن قواعد الإختصاص القضائى الدولى تتعلق بالنظام العام فى مصر (٢) ، ولا يجوز من ثم الإتفاق على مخالفتها ، إلا أن التقيد بهذا المبدأ مجاله تعيين المحكمة المختصة برفع الدعوى (٣) . أما وقد رفع النزاع أمام المحاكم الأجنبية رغم إختصاص القضاء المصرى به ، وصدر بناء على ذلك حكم فاصل فى النزاع فلم يعد هناك ما يمنع تنفيذ هذا الحكم فى مصر إستجابة للإعتبارات الدولية (٤) .

وهكذا إنتهينا فى ظل قانون المرافعات القديم إلى أن المشرع قد أحسن صياغة المادة ٤٩٣ من ذلك القانون ، إذ إكتفى بالنص على أن يكون الحكم المطلوب تنفيذه صادرا عن « هيئة قضائية مختصة وفقاً لقانون البلد الذى صدر فيه » . وبذلك يبدو واضحا أن محاولات الفقه المصرى الغالب فى شأن تفسير المادة ٤٩٣ على النحو الذى رأيناه لا تستقيم مع وضوح النص

---

(١) راجع دروسنا فى تنازع الإختصاص القضائى الدولى . ص ١١٧ .

(٢) راجع فى تعلق قواعد الإختصاص الدولى بالنظام العام فى مصر : الدكتور أحمد أبو الوفا . مدونة الفقه والقضاء . رقم ٧٥ .

(٣) ويعترف بذلك الرأى الذى نناهضه : راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧٢١ .

(٤) ويؤكد القول بوجوب الفصل بين مشكلة إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى إبتداء ومشكلة طلب تنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر ، فى ظل القانون القديم ، أن المشرع قد نص فى الفقرة الثالثة من المادة ٤٩٣ (والمقابلة للمادة ٤/٢٩٨ من قانون المرافعات الجديد) على أنه يشترط لتنفيذ الحكم الاجنبى ألا يكون متعارضا مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية . فالمانع من تنفيذ الحكم الأجنبى هو صدور حكم مصرى فى شأن نفس النزاع وليس مجرد إختصاص المحاكم المصرية بهذا النزاع . راجع فى ذلك دروسنا فى تنازع الإختصاص السابق الإشارة إليها . ورغم إيمان الدكتور عز الدين عبد الله بهذه الحجة فى ظل القانون القديم إلا أنه يقرر مع ذلك أنه يشترط لإمكان تنفيذ الحكم الأجنبى ، من حيث المبدأ ، ألا يكون القضاء المصرى مختصا بالنزاع الذى صدر الحكم فى شأنه . راجع مؤلفه فى القانون الدولى الخاص . المرجع السابق ص ٧٢١ .

الذى أحسن المشرع المصرى صياغته صيانة لمتطلبات الحياة الدولية (١) .

ولعل الفقه المصرى الغالب قد أراد فيما إنتهى إليه تفسيرا لنص المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم أن يتلافى الحالات التى قد يمس فيها تنفيذ الحكم الأجنبى كيان الدولة السياسى أو الاجتماعى أو الاقتصادى كما لو كان النزاع متعلقا بعقار كائن فى مصر . وواقع الأمر أن حماية هذه المتطلبات هو أمر مكفول دائما عن طريق إستخدام فكرة النظام العام والتى يمكن للقاضى تحت ستارها أن يرفض مثلا تنفيذ حكم أجنبى صادر فى شأن نزاع يتعلق بعقار كائن فى مصر (٢) .

ومهما يكن من أمر فان الرأى السابق ، والذى سبق لنا التمسك به فى ظل القانون القديم ، لم يعد له محل الآن بعد صدور قانون المرافعات الجديد . فقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٩٨ /مرافعات تشترط لامكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى فى مصر أن يكون صادرا عن هيئة قضائية مختصة وفقاً لقانونها ، وألا يكون النزاع داخلا فى اختصاص محاكم الجمهورية (٣) .

---

(١) وفى ذلك يقول أستاذنا الدكتور فؤاد رياض أن الفقه المصرى الغالب قد خرج دون سند سليم عن النص الواضح المحدد للمادة ١/٤٩٣ من قانون المرافعات القديم على نحو ما رأيناه فى المتن . فوقف الفقه المصرى فى هذا الشأن — كما قرر أستاذنا بحق — لا يتأتى إلا لو تصورنا أن المشرع قد أخطأ فى صياغة النص وهو مالا يجوز لنا إفتراضه . راجع مقال الدكتور فؤاد رياض Compétence étrangère et jugements étrangers dans la conception législative moderne . المرجع السابق ص ١ وما بعدها .

(٢) راجع دروسنا فى تنازع الإختصاص القضائى الدولى والسابق الإشارة إليها ص ١١٨ ، ١١٩ .

(٣) والملاحظ أن نص المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات الجديد وما جاء بالمذكرة الإيضاحية له هو ترجمة أمينة للإتجاه الفقهى الذى قاده فى مصر العميد الدكتور عز الدين عبد الله فى ظل القانون القديم ، ولذا فقد كان طبيعيا أن يبارك الأستاذ المصرى ما إنتهى إليه المشرع فى القانون الجديد فى الطبعة الحديثة من مؤلفه . راجع مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩٠١ وما بعدها .

وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقانون الجديد المبدأ الوارد بالمادة ٢٩٨ . فقررت أن المشرع ولو أنه أخذ بحكم قانون المرافعات القديم بالنسبة لتحديد إختصاص المحكمة الأجنبية وفقاً لقانونها ، إلا أنه أورد على هذا الحكم قيدا « مؤداه أنه يتعين ألا تكون المنازعة التى صدر فيها الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه داخلة فى اختصاص محاكم الجمهورية وذلك لكفالة عدم الإنتقاص من هذا الإختصاص . ومن شأن هذا القيد التخفيف من إطلاق حكم قاعدة تقدمية رحب بها جانب كبير من الفقه ولم ترحب بها غالبية التشريعات فى مختلف بلاد العالم والتى لا تزال تجعل الإختصاص القضائى الدولى للمحكمة الأجنبية يتحدد ليس وفقاً لقانونها وإنما طبقاً لقانون محكمة بلد التنفيذ » .

وعندنا أن الحجة التى ساقتها المذكرة الإيضاحية تبريرا للحكم الوارد بالمادة ٢٩٨ غير مقنعة ، خاصة وان المذكرة قد إعترفت بأن القاعدة التى كانت مقررة فى المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم ، والتى يتم تقدير إختصاص المحكمة الأجنبية بمقتضاها وفقاً لقانون الدولة التى تتبعها المحكمة ، هى « قاعدة تقدمية رحب بها جانب كبير من الفقه » .

أما ما قررته المذكرة الإيضاحية من أن المقصود من شرط عدم إختصاص المحاكم المصرية بالنزاع هو « كفالة عدم الإنتقاص من هذا الإختصاص » ، فهو قول يتضمن فى تقديرنا تجاهلا لإعتبارات الحياة الخاصة الدولية . وقد مضت الإشارة إلى أن الفقه الغالب قد إعترف بهذه الحقيقة ولذا رأيناه يعترف بضرورة السماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية رغم إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى فى فروض متعددة إستجابة لهذه الإعتبارات ، وذلك إما تحت ستار فكرة الإختصاص الجوازى أو المشترك كما إنتهى إلى ذلك الإتجاه الفقهى الأول ، أو بالإعتراف صراحة بأن الإعتبارات الخاصة بالتجارة الدولية تستلزم الخروج عن القواعد العامة كما قرر الإتجاه الفقهى الثانى السابق الإشارة إليه .

بل وإن المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد قد إعترفت بدورها بأهمية هذه الإعتبارات فخففت من حدة القاعدة المتطرفة التى أوردهـا المشرع فى المادة ٢٩٨ والقاضية بعدم جواز تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية فى مصر ما دامت المحاكم المصرية مختصة بالنزاع فأشارت إلى إمكان الأخذ بالتفرقة التقليدية بين الإختصاص القاصر والإختصاص المشترك ، إذ جاء بالمذكرة « ولم يشأ المشرع أن يعالج فى النص مسألة الإختصاص القاصر على محاكم دولة التنفيذ والإختصاص المشترك فيما بينها وبين المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه لأنها مسألة فقهية يحسن تركها لإجتهاد الفقه والقضاء يواجهان به تطور المعاملات الخاصة الدولية » . والغريب أن يكون هذا هو ما قررته المذكرة الإيضاحية فى الوقت الذى رأينا فيه أن الفقه الحديث قد أوضح خطأ الأساس الذى تقوم عليه التفرقة السابقة .

ولهذا أفلا يحق لنا أن نتساءل فى النهاية عن جدوى إلغاء نص المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم ؟ لقد مضت الإشارة إلى أن خروج الفقه المصرى الغالب عن ظاهر هذا النص فى ظل القانون القديم كان يهدف فى حقيقة الأمر إلى حماية الإختصاص المصرى فى الأحوال التى يتصل الأمر فيها بكيان الدولة السياسى والإجتماعى والإقتصادى ، كما هو الشأن بالنسبة لإختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بعقار واقع فى مصر . وتلك إعتبارات يمكن مراعاتها فيما نرى باستخدام فكرة النظام العام التى تعد صماما كافيا للأمان فى الفروض التى قد يترتب فيها على تنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر إصطداما بالمصالح السياسية والإجتماعية والإقتصادية للمجتمع المصرى .

ومهما يكن من أمر فان الحقيقة الوضعية التى لا تقبل الجدل الآن هى أن المشرع المصرى قد وضع بمقتضى المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات

الجديد قاعدة عامة مؤداها عدم جواز تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان صادراً في شأن نزاع يدخل في إختصاص المحاكم المصرية .

حقاً إن المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد قد فتحت الطريق أمام الفقه للإجتهاد والخروج عن ظاهر هذا النص رعاية لمتطلبات الحياة الخاصة الدولية . ومع ذلك فقد فات المشرع أنه قد وضع مبدأ تشريعيا صريحا قد يحد إلى حد كبير من قدرة الفقه والقضاء على مراعاة هذه المتطلبات .

فكأن المشرع في النهاية قد دعى الفقه والقضاء، في المذكرة الإيضاحية للمادة ٢٩٨ من قانون المرافعات الجديد، إلى الخروج عن المعنى الواضح المحدد للنص الذى صاغه بيده .

٦٨ — الشرط الثاني : سلامة الاجراءات المتبعة في إصدار الحكم أو الامر الأجنبي

إشترط المشرع في الفقرة الثانية من المادة ٢٩٨ لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي في مصر أن يكون « الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا » .

وقد كان هذا الشرط منصوصاً عليه في الفقرة الثالثة من المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم .

والمقصود بهذا الشرط أساسا هو الإطمئنان بصفة عامة على سلامة الإجراءات التي أتبعت خاصة ما تعلق منها باحترام حقوق الدفاع . ولهذا يؤكد كل من الفقه الفرنسي والمصري الراجح أن تكليف الخصوم بالحضور وتمثيلهم تمثيلا صحيحا لا يكفي وحده لسلامة الإجراءات التي اتبعت في شأن الحكم الأجنبي ، وإنما يجب فوق ذلك أن يكون الحكم قد روعيت

فيه الإجراءات الأساسية اللازمة لصحته (١) .

والعبرة فى تقدير سلامة الإجراءات هى بقانون الدولة التى صدر الحكم أو الأمر عن محاكمها . ويعد ذلك تطبيقاً لمبدأ عام هو خضوع الإجراءات لقانون القاضى . وهو المبدأ الذى حرص المشرع المصرى على النص عليه فى المادة ٢٢ من القانون المدنى على نحو ما رأينا من قبل (٢) . ولذا فقد إستقر القضاء المختلط على تعليق الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر على شرط أن تكون قد روعيت فى إصدار الحكم « الإجراءات الأساسية المقررة فى قانون المحكمة التى أصدرته »(٣)،وهو ما أكدته أيضاً محكمة

---

(١) راجع فى الإتجاه المماثل فى فرنسا Batiffol المطول رقم ٧٥٨ ، ٧٥٩ . وأنظر فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩١٧ وهو يشير إلى أن شرط صحة تكليف الحضور وصحة التمثيل فى الخصومة مقصور على « الدعوى » التى صدر فيها الحكم . أى أنه لاوجه لإعمال هذا الشرط اذا كان المطلوب تنفيذه فى مصر هو « أمر » صادر عن المحاكم الأجنبية بمقتضى سلطتها الولائية . ذلك أن « التكليف بالحضور يفترض قيام خصومة ، والأعمال الولائية لا تطلب عادة فى خصومة تستلزم التكليف بالحضور . على أنه لو كان قانون القاضى الذى أصدر العمل الولائى يوجب تكليف الخصم المطلوب هذا العمل ضده لوجب فى هذه الحالة إستيفاء شرط حصول التكليف وصحته » . المرجع السابق ص ٩١٧ هامش (١) . ومهما كان الأمر فان فهم المقصود بشرط حصول التكليف وصحته على أنه تعبير عن مبدأ عام يوجب على المحكمة الإستيثاق من سلامة الإجراءات المتبعة بصفة عامة على نحو ما رأينا فى المتن ، يبرز أهمية هذا الشرط وضرورته سواء كان المطلوب تنفيذه فى مصر هو حكم أجنبى أو مجرد أمر صادر عن القضاء الأجنبى بمقتضى سلطته الولائية . إذ يتعين فى هذه الحالة الأخيرة أيضا أن يكون الأمر قد صدر بناء على إجراءات صحيحة وفقاً لقانون بلد القاضى الذى أصدره .

(٢) وراجع Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٤٢٠ وBatiffol المرجع السابق وراجع ما قبله رقم ٤٢ .

(٣) راجع أحكام القضاء المختلط التى قررت هذا المعنى مشارا إليها فى مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩١٨ هامش (٢) .

النقض المصرية فى حكم حديث لها (١) .

وقد لاحظ جانب من الفقه الفرنسى مع ذلك أن شرط مراعاة سلامة الإجراءات التى أتبعت فى إصدار الحكم الأجنبى على النحو الذى بيناه قد يفقد فاعليته العملية إلى حد كبير إذا عرفنا أن الفقه قد إستقر على إمكان تنفيذ الحكم الأجنبى الذى صدر مخالفا للإجراءات المنصوص عليها فى قانون المحكمة التى أصدرته ، مادام أنه ليس من شأن هذه المخالفة التأثير على صحة الحكم (٢) . وعلى هذا النحو فاذا تأكد للقاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ أن الحكم الأجنبى قد حاز قوة الشىء المقضى به وفقاً لقانون الدولة التى أصدرته ، وهو أحد الشروط اللازمة للأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى كما سنرى ، فلم يعد هناك ما يدعو إذن إلى إشتراط التيقن من سلامة

---

(١) راجع نقض ٢ يوليو ١٩٦٤ . مجموعة النقض، س ١٥ ص٩٠٩ والسابق الإشارة إليه. وقد جاء فى الحكم أنه لما كانت « القاعدة الواردة بالمادة ٢٢ مدنى تنص على أنه يسرى على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تجرى مباشرتها فيها ، وكان إعلان الخصوم بالدعوى مما يدخل فى نطاق هذه الإجراءات ، وكان الطاعنون على ما قرره الحكم المطعون فيه قد أعلنوا إعلانا صحيحا وفق الإجراءات التى رسمها قانون البلد الذى صدر فيه الحكم ، وهو القانون الأردنى ، وكانت إجراءات الإعلان طبقاً للقانون المذكور لا تتعارض مع إعتبارات النظام العام فى مصر ، فان النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب يكون على غير أساس » . وراجع أيضا الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩١٨ .

(٢) راجع Bellet فى المناقشات التى أعقبت تقرير Freyria تحت عنوان La notion de conflit de lois en droit public والمنشور فى أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٦٢ — ١٩٦٤ ص ١٢١ و ١٢٢ . ولنفس هذا السبب يميل الفقه الحديث إلى السماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية حتى لو كانت صادرة عن محكمة غير مختصة داخليا ما لم يترتب على عدم إختصاصها بطلان الحكم . راجع ماقبله ص ٢٢٧ وما بعدها. بل وإن القضاء اليونانى قد إستقر تماما على عدم مراقبة سلامة الإجراءات التى ينص عليها قانون المحكمة التى أصدرت الحكم الأجنبى المطلوب تنفيذه فى اليونان . وعلى ذلك جرى القضاء اليونانى على منح الحكم الأجنبى الأمر بالتنفيذ رغم صدوره عن إجراءات غير صحيحة وفقاً لقانون الدولة التى صدر الحكم عن محاكمها ، ما لم يؤدى ذلك بطبيعة الحال إلى بطلان الحكم . إذ لا يجوز بداهة تنفيذ حكم أجنبى باطل . راجع فى ذلك دروس Fragistas السابق الإشارة إليها ص ١٢ و ص ٢٦ .

الإجراءات المتبعة عند إصدار الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه . ذلك أن تمتع الحكم الأجنبي بالحجية فى دولته يتضمن غالبا ما يفيد تحصنه من أى بطلان ناتج عن مخالفة الإجراءات المتطلبة وفقاً لقانون الدولة التى أصدرته .

وفى سبيل تأكيد سلامة هذا النظر يشير أنصار الرأى السالف إلى أنه ليس هناك سابقة واحدة رفض فيها القضاء الفرنسى تنفيذ حكم أجنبى بدعوى صدوره عن إجراءات غير صحيحة، إلا وكان الحكم الأجنبى فيها قد تجاهل حقوق الدفاع، وبالتالى تعارض مع النظام العام فى فرنسا ، أى فى دولة القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ .

ولعل هذا الإعتبار هو الذى دعى الرأى السالف إلى القول بأنه من الأفضل أن نواجه الأمر بصراحة ، وأن نستبدل شرط مراعاة سلامة الإجراءات المتبعة عند إصدار الحكم الأجنبى بشرط آخر هو أن تكون المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم قد كفلت الإحترام اللازم لحقوق الدفاع (١) .

وبذلك ينتهى شرط مراعاة سلامة الإجراءات وفقاً لهذا الإتجاه إلى كونه مجرد إعمال لفكرة النظام العام . ذلك أن من شروط تنفيذ الحكم الأجنبى على ما سنرى ألا يكون فى تنفيذه ما يصطدم بالنظام العام فى دولة القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ .

---

(١) راجع Bellet فى المناقشات التى أعقبت تقرير Freyria السابق الإشارة إليه ص ١٢١ ، ١٢٢ وهو يشير ايضا إلى أنه من المستحيل عملا أن يقوم القاضى برقابة سلامة الإجراءات المتخذة فى الخارج ويحل بذلك محل القاضى الأجنبى . ذلك أن قواعد المرافعات تعتبر فرعا من القانون العام وفقاً لرأيه ومن ثم فلا يصح أن تثير تنازعا بين القوانين . وهذه الحجة الأخيرة يسهل الرد عليها بعد أن إستقر الفقه الحديث على إمكان تطبيق قواعد القانون العام الأجنبية فى الدعاوى المتضمنة عنصرا أجنبيا. راجع مؤلفنا فى تنازع القوانين رقم ١٢ وأنظر كذلك Françescakis فى المناقشات التى اعقبت تقرير Freyria السابق الإشارة إليه ص ١٢٣ .

وعلى هذا النحو لا يجوز للقاضى أن يأمر بتنفيذ حكم أجنبى أخل بحقوق الدفاع وفقا للمفهوم السائد فى قانونه . ولا يهم بعد ذلك أن يكون هذا الإخلال قد تحقق نتيجة لمخالفة الإجراءات اللازمة فى قانون المحكمة التى أصدرت الحكم ، أو أن يكون تحقق هذا الإخلال قد تم رغم إتخاذ الإجراءات التى يتطلبها هذا القانون ، مادام أن إتخاذ هذه الإجراءات لا يكفل فى ذاته الإحترام اللازم لحقوق الدفاع وفقاً لقانون الدولةالمطلوب الأمر بتنفيذ الحكم فيها . فقد رأينا أن مراعاة الإجراءات المتطلبة فى قانون المحكمة التى أصدرت الحكم الأجنبى لا يكفى وحده لمنح الأمر بتنفيذ هذا الحكم ، وإنما يتعين فى جميع الأحوال ألا يكون فى تنفيذه على هذا النحو ما يتعارض مع النظام العام فى دولة التنفيذ .

٦٩ — الشرط الثالث : حيازة الحكم أو الأمر الأجنبى لقوة الشىء المقضى به

إستلزم المشرع فى الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٨ أن يكون الحكم أو الأمر الأجنبى المطلوب تنفيذه فى مصر قد حاز قوة الشىء المقضى به طبقاً لقانون المحكمة التى اصدرته (١) .

وقد كان هذا الشرط منصوصا عليه بالفقرة الأولى من المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم .

ومؤدى هذا الشرط أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبى الذى لما يصبح نهائيا بعد . ولا يحول دون إعتبار الحكم نهائيا أن يكون باب الطعن فيه بالطرق غير العادية لا يزال مفتوحا .

---

(١) ويشير البعض إلى أنه لما كانت الأوامر لا تحوز حجية الأمر المقضى به فانه ينبغى أن يفهم شرط كون « الأمر » قد حاز قوة الأمر المقضى به على معنى « كون الأمر قد إنتهى ميعاد التظلم منه طبقاً لقانون القاضى الذى أصدره ، إن كان هذا القانون يجيز التظلم ويحدد له ميعادا » . راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة . ص ٩٢١ .

. والعبرة فى إعتبار الحكم نهائيا وحيازته بالتالى لقوة الشىء المقضى به هى بقانون الدولة التى صدر عن محاكمها (١) .

ويؤكد الفقه المصرى سلامة هذا الشرط الذى يكفل الإستقرار اللازم فى المعاملات . ذلك أن الحكم غير النهائى معرض للإلغاء ، ومن ثم ففى منع تنفيذه فى مصر قبل حيازته لقوة الشىء المقضى به مايكفل تلافى المفاجآت المترتبة على إلغائه (٢) .

وإذا كان الأصل هو ان الحكم يعتبر حائزا لقوة الشىء المقضى به إذا فاتت مواعيد الطعن فيه بالطرق العادية مثل الإستئناف ، إلا أن الحكم الأجنبى قد لا يجوز مع ذلك قوة الشىء المقضى به رغم فوات مواعيد الطعن فيه بالطرق العادية . ويحدث ذلك إذا ما انطوى الحكم على عيب خطير ، وكان قانون الدولة التى صدر عن محاكمها يقرر بطلانه بقوة القانون فى مثل هذه الحالة . فهناك من التشريعات ما يقضى ببطلان الحكم رغم فوات مواعيد الطعن فيه بالطرق العادية ، أو حتى بالطرق غير العادية ، إذا ما صدر فى مواجهة شخص يتمتع بالحصانة القضائية ، أو فى مواجهة شخص توفى أثناء نظر الدعوى . بل وتقضى بعض التشريعات ببطلان الحكم الصادر عن محكمة غير مختصة إختصاصا ولائيا بالدعوى ولو كانت مواعيد الطعن فى هذا الحكم قد إنقضت (٣) .

ويترتب على إستلزام المشرع المصرى لشرط حيازة الحكم الأجنبى المطلوب تنفيذه فى مصر لقوة الشىء المقضى به أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام الأجنبية المشمولة بالنفاذ المعجل ، أى التنفيذ المؤقت (٤) . وبالمثل فانه

---

(١) راجع Fragistas, La reconnaissance des jugements étrangers المرجع السابق ص ١٣ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩١٩ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩٢٠ .

(٣) وراجع Fragistas السابق ص ١٢ ، ١٣ .

(٤) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . السابق ص ٩٢٠ . وهذا هو الحل المعمول به أيضا فى كل من ألمانيا وإيطاليا . راجع فى ذلك Fragistas السابق ص ١٣ .

لا يجوز الأمر بتنفيذ الأحكام الوقتية فى مصر (١) . والأمر على خلاف ذلك فى البلاد التى لم ينص المشرع فيها صراحة على شرط حيازة الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه لقوة الشىء المقضى به . فى اليونان مثلا يجيز القضاء تنفيذ الحكم الأجنبى المشمول بالنفاذ المؤقت (٢) . ومن جهة أخرى يؤكد الفقه الفرنسى جواز تنفيذ الأحكام الوقتية (٣) .

٧٠ — الشرط الرابع : عدم تعارض الحكم أو الامر الأجنبى مع حكم أو أمر آخر سبق صدوره عن المحاكم المصرية

إشترط المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة ٢٩٨ لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى فى مصر ألا يكون متعارضا مع حكم أو أمر آخر سبق صدوره عن المحاكم المصرية .

والنص منقول عن الفقرة الثالثة من المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القـديم .

ويعد هذا الشرط فى حقيقة الأمر تطبيقا لفكرة النظام العام . فلا شك أن السماح بتنفيذ حكم أجنبى يتعارض مع حكم سبق صدوره عن القضاء الوطنى هو أمر يتعارض مع النظام العام فى الدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبى فيها . ولذا فقد أكد كل من الفقه والقضاء فى فرنسا سلامة هذا الشرط رغم عدم وجود نص مماثل فى القانون الفرنسى (٤) .

ويكفى لرفض تنفيذ الحكم الأجنبى أن يقع التعارض بين هذا الحكم وبين الحكم الصادرعن المحاكم المصرية حتى ولو كان هذا الأخير لم يحز بعد

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله . السابق ص ٩٢٠ .

(٢) راجع Fragistas المرجع السابق ص ١٣ .

(٣) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٢٣ ص ٨٢٠ وما بعدها .

(٤) راجع Batiffol المطول رقم ٧٦١ و Fragistas السابق ص ١٩ .

قوة الشيء المقضى به (١) .

ويذهب جانب من الفقه المصرى إلى حد القول بعدم جواز تنفيذ الحكم الأجنبي فى مصر بمجرد أن نفس النزاع معروض أمام القضاء المصرى ولما يفصل فيه بعد (٢) .

ويرى جانب آخر من الفقه المصرى وجوب التفرقة بين حالة ما إذا كان القضاء المصرى مختصا بالنزاع المطروح أمامه إختصاصا مانعا، وبين الفرض الذى يكون إختصاصه فى هذا الشأن مشتركا أو جوازيا . فى الحالة الأولى يمتنع تنفيذ الحكم الأجنبي الذى فصل فى النزاع المعروض على القضاء المصرى، بينما يجوز تنفيذه — على العكس — فى الحالة الثانية (٣) .

ونحن نفضل أن يترك الأمر لتقدير القاضى الذى طلب منه الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ليتخذ الموقف المناسب من هذه المسألة مهتديا فى كل حالة

---

(١) راجع فى الحل المماثل فى فرنسا Batiffol المطول رقم ٧٦١ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧٢٨ والطبعة السادسة ص ٩٢٢ . وقد أخذ التشريع الإيطالى بهذا الحل صراحة فأشارت المادة ٧٩٧ من قانون المرافعات هناك إلى عدم جواز تنفيذ الحكم الأجنبى إذا كان نفس النزاع قد طرح أمام المحاكم الإيطالية قبل حيازة الحكم الأجنبى لقوة الشيء المقضى به . راجع فى ذلك Fragistas السابق ص ٢٠ . ويؤكد هذا الإتجاه وجهة نظره على أساس كونها تطبيق « لفكرة إنكار الدفع بطلب الإحالة لقيام ذات الدعوى أمام محاكم دولة أخرى فى ميدان الإختصاص القضائى الدولى » . وراجع الدكتور عز الدين عبد الله . السابق ص ٩٢٢ . ومع ذلك فقد مضت الإشارة إلى أن القضاء الحديث قد بدأ يتجه الآن نحو الإعتراف بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محاكم دولة أخرى ، وهو إتجاه محمود على الأقل فى الفروض التى تكون المحاكم الأجنبية أكثر قدرة على الفصل فى النزاع . راجع ما قبله رقم ٣٨ . وبذلك فانه من المتصور فى تقديرنا أن يدفع الخصم باحالة النزاع المطروح أمام القضاء المصرى إلى محاكم الدولة الأجنبية التى تصدت لنظر نفس هذا النزاع . وعلى ذلك فلم يعد هناك إذن ما يبرر رفض تنفيذ الحكم الأجنبى لمجرد أن نفس النزاع مطروح أمام القضاء المصرى . وراجع فى الإتجاه المماثل فى اليونان Fragsistas المرجع السابق ص ٢٠ .

(٣) الدكتور شمس الدين الوكيل . دروس فى القانون الدولى الخاص . المرجع السابق ص ٢٠٤ .

على حدة باعتبارات الملاءمة من جهة، ومتطلبات النظام العام من جهة أخرى. فليس من الخير أن نتخذ موقفا مبدئيا من المشكلة دون علم سابق بظروف الدعوى وملابساتها. إذ من المحتمل أن يكون الحكم الأجنبي صادرا فى دعوى تتركز معظم أدلة الإثبات فيها فى الدولة التى تتبعها المحكمة التى أصدرت الحكم. ففى مثل هذه الحالة تبدو بصفة خاصة أهمية السماح بتنفيذ الحكم الأجنبي، ما لم يصطدم ذلك باعتبارات النظام العام فى مصر.

ولعله مما يؤيد وجهة نظرنا أن الفقرة الرابعة من المادة ٢٩٨ قد أشارت صراحة إلى أن المانع من تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي فى مصر هو تعارضه مع حكم أو أمر آخر سبق صدوره عن القضاء المصرى وليس مجرد أن نفس النزاع معروض أمام هذا القضاء.

٧١ — الشرط الخامس: عدم تعارض الحكم أو الأمر الأجنبى مع النظام العام فى مصر

إشترط المشرع المصرى فى النهاية لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي ألا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فى مصر (المادة ٢٩٨ / ٤ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة للمادة ٤٩٣ / ٤ من القانون القديم).

ومن المعلوم أن فكرة النظام العام هى فكرة مرنة ومتطورة تتغير بتغير الزمان والمكان. ويترتب على مرونة فكرة النظام العام على هذا النحو أنه يتعين بداهة توافر الشرط السالف عند التقدم بطلب تنفيذ الحكم الأجنبي، ولو لم يكن فى هذا الحكم ما يخالف النظام العام عند صدوره عن القضاء الأجنبي (١). ولذا فان للقاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ أن يقدر ما إذا كان الحكم أو الأمر الأجنبي متعارضا مع النظام العام فى مصر من عدمه وفقاً للظروف وملابسات الدعوى، مهتديا فى ذلك بالأسس الإجتماعية والإقتصادية والسياسية السائدة فى دولته.

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٧٦١ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢٠٥.

وعلى ذلك فلا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي فى مصر إذا تضمن مثلا الإيمان بفكرة التفرقة العنصرية . « بل وإن القاضى الوطنى يجوز له أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبي إذا تضمنت حيثياته عبارات تجافى الشعور العام فى الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم ».(١) وعلى هذا النحو فقد رفض القضاء الفرنسى الإعتراف بآثار حكم صادر من إحدى المحاكم الألمانية تضمنت حيثياته عبارات تمس كرامة المرأة الفرنسية (٢) .

ومن جهة أخرى فقد مضت الإشارة إلى أن الحكم الأجنبي الذى يتجاهل الضمانات الأساسية لحقوق الدفاع وفقاً للمفهوم السائد فى دولة القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ يعد مخالفا للنظام العام فى هذه الدولة (٣) . وعلى ذلك فلا يجوز فى مصر تنفيذ الحكم الأجنبي الذى أخل بحقوق الدفاع ، حتى لو كان القاضى الذى أصدر الحكم قد إتخذ الإجراءات التى يتطلبها قانونه (٤) .

وقد ذهب القضاء الفرنسى فى بعض أحكامه إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي إذا ما تبين أن الخصوم قد قاموا بتغيير ضابط الإسناد للتهرب

---

(١) راجع الدكتور شمس الدين الوكيل . المرجع السابق ص ٢٠٥ .

(٢) راجع قضاء محكمة السين فى هذا المعنى معروضا فى Fragistas المرجع السابق ص ٢٢ . وأنظر فى تطبيقات أخرى لفكرة النظام العام وفقاً لقضاء هذه المحكمة :

Bellet, La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers.

منشور فى أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٦٢ – ١٩٦٤ ص ٢٦٩ و ٢٧٠ .

(٣) راجع ما قبله رقم ٦٨ .

(٤) بل أنه يمكن القول بأنه لو كان الإخلال بحقوق الدفاع قد تم نتيجة لمخالفة الإجراءات المنصوص عليها فى قانون الدولة التى تتبعها المحكمة التى أصدرت الحكم ، فان الإمتناع عن تنفيذ الحكم فى هذه الحالة يبدو أمرا طبيعيا دون حاجة إلى إستخدام فكرة النظام العام . إذ يرد الإمتناع عن تنفيذ الحكم فى هذه الحالة إلى تخلف شرط سلامة الإجراءات المتبعة عند إصدار الحكم على نحو ما رأينا من قبل . راجع ما قبله رقم ٦٨ .

من أحكام القانون المختص (١) . ونحن لا نرى مانعا من الأخذ بهذا النظر فى مصر . فلا شك أن تنفيذ الحكم الأجنبي الذى ينطوى على غش نحو القانون هو أمر يتعارض مع النظام العام فى مصر (٢) .

ويلاحظ الفقه الفرنسي بحق أن إعمال فكرة النظام العام فى نطاق تنفيذ الأحكام الأجنبية يجب أن يكون محصورا فى نطاق أضيق من نطاق إعمال هذه الفكرة عند تطبيق القوانين الأجنبية . فلو كان النظام العام يحول فى بعض الفروض دون الإعتراف بالحق الناشىء تطبيقا للقانون الأجنبي ،

---

(١) راجع قضاء محكمة السين فى قضية Gunzbourg معروضا فى :

Bellet, La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers.

السابق الإشارة إليه ص٢٧٠ مع،ملاحظة أن المقصود بالقانون المختص فى تقديرنا هو القانون الذى تشير باختصاصه قواعد الإسناد فى الدولة التى تتبعها المحكمة الأجنبية التى رفع النزاع إليها إبتداء . راجع ما بعده رقم ٧٢ .

(٢) ولا يقدح فى هذا النظر إستقلال الدفع بالغش نحو القانون عن الدفع بالنظام العـــام كوسيلة لإستبعاد القانون الأجنبى فى مجال تنازع القوانين (راجع مؤلفنا فى تنازع القوانين السابق الإشارة إليه ص ٢٨٣ وما بعدها) . ذلك أن اثر الغش فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية هو مجرد رفض تنفيذ الحكم الأجنبى المنطوى على الغش ، وهو بعد أثر يمكن تحقيقه عن طريق إعمال شرط النظام العام . فقد رأينا أنه لا يجوز لقاضى التنفيذ فى مصر أن يقوم بتعديل الحكم الأجنبى بعد مراجعته موضوعيا ولو تحت ستار شرط التبادل . راجع ما قبله رقم ٦٢ . وعلى ذلك فليس هناك مجال لإعمال نظرية الغش وفقاً لمفهومها التقليدى فى مجال تنازع القوانين وما يؤدى إليه ذلك من إستبعاد تطبيق القانون الذى ثبت له الإختصاص وفقاً للضابط المفتعل وإعـــادة الإختصاص إلى القانون الذى أراد الخصوم التهرب من أحكامه . وإنما تنحصر مهمة القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ فى مصر فى منح الحكم الأجنبى الأمر بالتنفيذ أو رفض منحه هـذا الأمر . ومن هنا يبدو لنا إمكان الإستناد إلى فكرة النظام العام كشرط لتنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر لرفض تنفيذ الحكم الأجنبى الذى ينطوى على غش نحو القانون . ويعد الحكم الأجنبى منطويا على غش نحو القانون أيضا فيما لو تبين للقاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ أن الخصوم قد تعمدوا الخضوع باختيارهم إلى القضاء الأجنبى وعدم رفع دعواهم أمام المحكمة التى كانت مختصة بنظر الدعوى أصلا لعلمهم المسبق بأن قواعد الإسناد فى قانون هذه المحكمة تشير بتطبيق قانون لا يتفق ومصالحهم فى الدعوى . راجع فى تأكيد إعمال نظرية الغش فى مجـــال تنـــازع الإختصاص القضائى الدولى ما قبله .

فإن تنفيذ الحكم الأجنبي الذى قرر هذا الحق بالفعل قد لا يتعارض بالضرورة مع النظام العام . فواقعة صدور الحكم الأجنبي المؤكد للحق موضوع النزاع تعد فى ذاتها حقاً مكتسبا يجب إحترامه من الوجهة الدولية . وعلى ذلك يتعين حصر حالات إنكار هذا الحق باسم النظام العام فى نطاق أضيق بالضرورة مما لو كنا بصدد حق ناشىء فى الخارج إعمالا للقانون الأجنبي الذى أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيقه على الدعوى ولما يتأكد بعد بحكم فاصل فى النزاع (١) .

ونشير فى النهاية إلى أن تحقق القاضى من كون الحكم الأجنبي لايتعارض مع النظام العام فى مصر هى مسألة موضوعية تقتضى بالضرورة التعرض لموضوع الحكم . ولذا فنحن نتفق تماما مع بعض الشراح المصريين فيما لاحظوه بحق من كون تسمية شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر والتى عددها المشرع فى المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات بـ « الشروط الخارجية أو الشكلية للحكم » — كما درج على ذلك الفقه المصرى فى مجموعه — هى تسمية خاطئة (٢) . ولذلك فضلنا تسميتها بـ « الشروط الأساسية لتنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر .

٧٢ — شرط تطبيق القانون المختص وفقا لقواعد الاسناد المصرية — عدم لزومه

يشترط القضاء الفرنسى أن يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه فى فرنسا قد طبق على النزاع القانون المختص وفقاً لما تشير به قواعد الإسناد

---

(١) راجع رسالة الدكتور فؤاد رياض : La valeur internationale des jugements en droit comparé. السابق الإشارة إليها ص ١١٣ وأنظر Batiffol المطول رقم ٧٦١ و٤٦٣و Fragistas السابق ص٢١ . وقرب هذه الأفكار من نظرية الحقوق المكتسبة فى القانون الانجليزى . راجع بحث الدكتور فؤاد رياض Foreign juridictional acts والسابق الإشارة إليه ص ٦ وما بعدها .

(٢) راجع فى هذا المعنى الدكتور محمد كمال فهمى . أصول القانون الدولى الخاص ص ٥٣٥ هامش (١) .

الفرنسية (١) .

وقد تأثر جانب من الفقه المصرى الرائد بهذا الاتجاه فاشترط لامكان تنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر أن تكون المحكمة التى أصدرته قد طبقت القانون الذى تشير قاعدة الإسناد المصرية باختصاصه (٢) .

ونحن لا نتفق مع هذا الرأى ، لأنه من الغريب حقاً أن نستلزم من القاضى الأجنبى الانصياع لأوامر غير تلك الصادرة من مشرعه . واذا كان انصار هذا الاتجاه قد ظنوا ان اشتراط تطبيق القانون المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية فى الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها يضمن سد الطريق فى وجه من يهدف الى التحايل على أحكام هذا القانون ، فقد فاتهم ملاحظة أن منع هذا التحايل هو أمر يكفله دائما الاعمال الطبيعى لنظرية الغش نحـــو القانون (٣) .

---

(١) راجع Batiffol رقم ٧٦٠ .

(٢) الدكتور حامد زكى المرجع السابق ٤٢٣ .

(٣) راجع هذا المعنى فى Simon – DePitre, Droit int. Privé p. 187. وعلى هذا النحو فلو تبين القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ ان الخصوم قد خضعوا باختيارهم للقضاء الأجنبى لمجرد علمهم ان قواعد الإسناد فى الدولة التى يتبعها هذا القضاء تشير بتطبيق القانون الذى يتفق مع مصالحهم فى الدعوى، وحتى يفلتوا بذلك من أحكام القانون الذى نشير باختصاصه قواعد الإسناد فى دولة التنفيذ والتى كانت محاكمها مختصة أصلا بنظر النزاع ، جاز للقاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ فى تقديرنا ان يمتنع فى هذه الحاله عن تنفيذ الحكم الأجنبى لتضمنه غشاً نحو القانون . راجع ما قبله ص ٢٥٠ هامش ٢ وأنظر فى مدى امكان إعمال نظرية الغش فى مجال الاختصاص القضائى الدولى lagarde فى تعليقه على حكم محكمة باريس الصادر فى ١٩ فبراير ١٩٦٠ والمنشور فى Riv crit ١٩٦١ ص ١٨٢ وما بعدها . وراجع أيضاً :
Bellet, la jurisprudence du tribunal de la seine en matiére d'exequatur des jugements etrangers.
والمنشور فى أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٦٢ – ١٩٦٤ ص ٢٧٠ . ولا يصح الاعتراض على ذلك بالقول بامكان الامتناع عن تنفيذ الحكم الأجنبى فى هذا الفرض لصدوره فى شأن نزاع يدخل فى اختصاص المحاكم الوطنية ، فقد مضت الاشارة الى ان الفقه الغالب قد استقر على جواز تنفيذ الحكم الأجنبى رغم اختصاص القضاء الوطنى بنظر الدعوى ، على الأقل فى بعض الفروض . راجع ما قبله رقم ٦٧ ومن هنا تبدو لنا أهمية الإستناد إلى فكرة الغش نحو القانون كوسيلة للإمتناع عن تنفيذ الحكم الأجنبى فى مثل هذه الفروض . فقد رأينا ان تنفيذ الحكم الأجنبى المنطوى على الغش يصطدم بالنظام العام فى الدولة المطلوب تنفيذه فيها . راجع ما قبله رقم ٧١ .

ومن جهة أخرى فان الاتجاه السالف يؤدى الى التضييق من حالات تنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر دون مبرر ، اذ أن تنفيذ الأحكام الأجنبية لن يتأتى وفقاً لهذا الرأى الا لو تطابقت قاعدة الإسناد المصرية مع قاعدة الإسناد المعمول بها فى الدولة التى صدر الحكم عن محاكمها (١) .

ومهما كان الأمر فانالمشرع المصرى لم يشر إلى هذا الشرط فى المادة ٢٩٨ /مرافعات ، فلو كان المشرع يرى الأخذ به لما تردد فى النص عليه .

وقد اتجه جانب من الفقه المصرى الحديث الى التفرقة بين حالة ما اذا كانت قاعدة الاسناد المصرية تشير بتطبيق القانون المصرى على النزاع الذى صدر الحكم الأجنبي المراد تنفيذه فى مصر بشأنه ، وبين الفرض الذى يكون فيه القانون الواجب التطبيق على الدعوى وفقاً لهذه القاعدة هو قانون أجنبي .

فاذا طبقت المحكمة الأجنبية قانونا أجنبيا رغم اختصاص القانون المصرى بحكم النزاع وفقاً لقواعد الإسناد المصرية امتنع القاضى عن تنفيذ الحكم الأجنبي فى مصر حماية « للاختصاص التشريعى للقانون المصرى » . أما اذا كانت قواعد الاسناد المصرية تشير بتطبيق قانون أجنبي على النزاع اكتفى القاضى المصرى بالتأكد من كون المحكمة الأجنبية قد طبقت القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد السائدة فى الدولة التى صدر الحكم عن محاكمها (٢) .

وقد تأثر هذا الاتجاه برأى جانب من الشراح الفرنسيين الذين أخذوا بالتفرقة السالفة فى فرنسا (٣) .

---

(١) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٣٨ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧٣٠ والطبعة السادسة ص ٩٢٣ و ٩٢٤ .

(٣) Nibyoet ج ٦ رقم ١٩٦٢ وما بعده .

ونحن لا نتفق مع هذا الرأى بدوره ، فقد مضت الاشارة الى أن القاضى الأجنبي يخضع لأوامر مشرعه ويلتزم بتطبيق القانون الذى تشير به قاعدة الاسناد فى دولته . ولا يصح بعد ذلك أن نمتنع عن تنفيذ الحكم الأجنبي فى مصر لمجرد ان القانون المطبق على النزاع يختلف عن القانون الذى تشير به قواعد الاسناد المصرية، حتى لو كان هذا القانون هو القانون المصرى . فاذا كان المشرع قد استلزم تطبيق القانون المصرى على المنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا فى بعض الأحوال، فان مجال ذلك هو الدعاوى المرفوعة أمام القضاء المصرى . أما وقد رفع النزاع أمام المحاكم الأجنبية فلم يعد مستساغا أن نشترط تطبيقها للقانون المصرى فى جميع الأحوال التى ينص فيها المشرع عندنا بتطبيق هذا القانون . فقد رأينا ان حاجة المعاملات الدولية تقتضى احترام الأحكام الأجنبية والسماح بتنفيذها فى مصر طالما توافرت فيها الشروط التى عددها المشرع فى المادة ٢٩٨ /مرافعات ، وليس من بين هذه الشروط ما استلزمه الرأى السالف من ضرورة احترام الاختصـاص التشريعى للقانون المصرى .

وقد أخذ البعض على الرأى السالف أيضا انه « لا يتسق الا مع صياغة قواعد الإسناد صياغة مفردة الجانب وهذا ما ليست عليه الحال فى القـانون الوضعى » (١) .

ومن جهة أخرى فان التفرقة التى قال بها الرأى السالف توحى بصحة ما ردده جانب من الفقهاء الفرنسيين وبعض أحكام القضاء هناك من كون قاعدة الإسناد الوطنية لا تتعلق بالنظام العام الا عند اشارتها بتطبيق القـانون الوطنى ، وهو الأمر الذى رتب عليه الفقه الفرنسى السابق نتيجة محـل نظر مؤداها ان القاضى لا يلتزم بتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه (٢) .

---

(١) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٤٠ .
(٢) راجع هذا الاتجاه معروضا فى رسالتنا رقم ١١٠ وما بعده.

وواقع الأمر أن القاضى يلتزم بأعمال الإسناد الوطنية وتطبيق القانون الذى تشير باختصاصه فى جميع الأحوال دون تفرقة بين ما اذا كان هذا القانون هو القانون الوطنى أو القانون الأجنبى . فقاعدة الإسناد تستجيب فى كلتا الحالتين لاعتبارات تتعلق بالنظام العام مرجعها ان القانون الذى تشير به هو أصلح القوانين لحكم العلاقة محل البحث (١) .

ويبدو بذلك ان التفرقة التى أقامها الفقه السابق تفتقد الأساس القانونى السليم . ومع ايماننا بتعلق قاعدة الإسناد بالنظام العام فى جميع الأحوال، فان هذا لا يعنى ان فى تطبيق الحكم الأجنبى المطلوب تنفيذه فى مصر لقانون غير ذلك الذى تشير به هذه القاعدة ما يصطدم بالنظام العام وفقاً للمعنى المفهوم لهذه الفكرة فى القانون الدولى الخاص .

فاذا كان تعلق القاعدة الموضوعية الداخلية بالنظام العام لا يستلزم بالضرورة استبعاد القانون الأجنبى الذى يتضمن حكم مخالف لها باسم النظام العام فى مجال تنازع القوانين ، فانه وبالمثل لا يعد فى تطبيق الحكم الأجنبى لقانون يختلف عن القانون الذى تشير به قاعدة الإسناد الوطنية — وحتى لو كان هذا القانون هو القانون المصرى — ما يستتبع بالضرورة منع تنفيذ هذا الحكم فى مصر بدعوى تعلق قاعدة الاسناد بالنظام العام .

ويؤكد هذا النظر ما مضت الاشارة اليه من كون اعمال فكرة النظام العام بالنسبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية ينحصر فى مجال أضيق من المجال التقليدى لاعمال هذه الفكرة بالنسبة لتنازع القوانين ، استجابة للاعتبارات الدوليـة .

ويبدو أن الرأى الذى نخالفه قد ظن ان فى تطبيق المحكمة لقانون آخر غير القانون المصرى الذى تشير باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية ما يتعارض

---

(١) راجع رسالتنا رقم ١٢٠ وما بعده .

بالضرورة مع النظام العام فى مصر . ولهذا فقد قرر هذا الفقه فى معرض تأكيده لرأيه ، أن القول بعكسه « يؤدى الى نتائج غير مقبولة ومثالها ان يصدر حكم أجنبي يطبق فى نزاع فى عقد متعلق بعقار فى مصر قانونا أجنبيا » (١) .

والواقع أن تطبيق قانون أجنبي خلافا لما تقضى به قواعد الإسناد المصرية فى المثال السابق يؤدى الى نتائج تتعارض فعلا مع النظام العام فى مصر . ومع ذلك فنحن لا نسلم بأن الحال يكون كذلك بالضرورة فيما لو كانت المحكمة الأجنبية قد طبقت قانونا أجنبيا فى نزاع يتعلق بمال منقول كائن فى مصر خلافا لما تقضى به قاعدة الإسناد المصرية فى هذا الشأن .

ومهما كان الأمر فلو كان صحيحا ان تطبيق المحكمة لقانون آخر غير القانون المصرى الذى أشارت باختصاصه قواعد الإسناد المصرية قد يؤدى فى بعض الأحوال الى نتائج تتنافى مع النظام العام، فان منع تنفيذ الحكم الأجنبي فى هذه الحالة يستند على تعارضه مع النظام العام فى مصر وليس على مجرد تطبيقه لقانون أجنبي .

ويترتب على ذلك فى تقديرنا انه يجوز تنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر حتى ولو طبقت قانونا أجنبيا على نزاع يختص القانون المصرى به وفقاً لقواعد الإسناد المصرية، مادامت النتيجة التى انتهى اليها الحكم تطبيقاللقانون الأجنبي مماثلة للنتيجة التى يؤدى اليها اعمال القانون المصرى فى الدعوى (٢).

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧٣٠ والطبعة السادسة ص ٩٢٤ .

(٢) وقد أكد القضاء الفرنسى نفسه هذا الحل رغم أنه يشترط للسماح بتنفيذ الحكم الأجنبى كما رأينا ان يكون الحكم قد طبق على الدعوى القانون المختص وفقاً لقواعد الاسناد الفرنسية فقد أجاز القضاء الفرنسى تنفيذ الأحكام الأجنبية التى طبقت قانونا غير مختص وفقاً لقواعد الاسناد الفرنسية مادام أن الحل الذى إنتهى إليه الحكم مطابق للنتيجة التى كان يمكن ان يؤدى إليها إعمال القانون الذى تشير هذه القواعد باختصاصه . راجع فى هذا المعنى Fragistas المرجع السابق ص ٢٤ و Bellet, فى تقريره السابق الإشارة إليه والمنشور بأعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٦٢ — ١٩٦٤ ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ .

بل ويجوز تنفيذ الحكم الأجنبي أيضا ولو اختلفت النتيجة التي توصل اليها عن تلك التي تترتب على تطبيق القانون المصرى ،مادامت هذه النتيجة لا تتعارض فى ذاتها مع النظام العام فى مصر على الوجه المخفف لهذه الفكرة فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية .

ويلاحظ فى النهاية ان استبعاد شرط تطبيق القانون المختص فى القانون المصرى لا يمنع ادخال هذا الشرط فى نطاق التبادل . فقد رأينا أنه لو كانت الدولة التى أصدرت محاكمها الحكم المراد تنفيذه فى مصر تستوجب الفحص الموضوعى للأحكام الصادرة عن قضاء الدول الأخرى قبل الأمر بتنفيذها ، فانه يجوز للقاضى المصرى قبل تنفيذ الحكم الأجنبي فى هذه الحالة أن يفحصه بالمثل فحصا موضوعيا . وتتحدد سلطة المحكمة فى فحص الحكم الأجنبي فى هذا الفرض على نحو ما تتحدد به سلطة القضاء الأجنبي فى فحص الأحكام المصرية . ومؤدى ذلك انه لو كان القضاء الأجنبي يشترط فى الحكم المصرى المراد تنفيذه فى دولته أن يكون قد طبق القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد هناك ، فانه يتعين على القاضى المصرى بالمثل ان يسلك هذا المسلك اذا ما طلب منه تنفيذ الحكم الأجنبي فى مصر (١) .

ثالثا : إجراءات طلب الأمر بالتنفيذ

٧٣ — دعوى الأمر بالتنفيذ

تنص المادة ٢٩٧ من قانون المرافعات على أنه « يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الإبتدائية التى يراد التنفيذ فى دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى » (٢) .

---

(١) راجع فى هذا المعنى الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٤٠ .

(٢) والنص منقول عن المادة ٤٩٢ من قانون المرافعات القديم والى كانت تنص على أنه « يطلب الأمر بالتنفيذ بتكليف الخصم بالحضور بالأوضاع المعتادة أمام المحكمة الإبتدائية التى يراد التنفيذ فى دائرتها » .

وينعقد الإختصاص باصدار أمر التنفيذ للحكم الأجنبي وفقاً لهذا النص للمحكمة الإبتدائية التي يراد التنفيذ فى دائرتها ، وذلك أيا كانت المحكمة التي آصدرت الحكم المطلوب تنفيذه فى مصر .

وتطبق على دعوى الأمر بالتنفيذ نفس الإجراءات المتبعة وفقاً للقواعد العامة فى قانون المرافعات (١) .

والخصوم فى دعوى طلب الأمر بالتنفيذ هم نفس الخصوم فى الدعوى الأصلية التي صدر الحكم الأجنبي بمناسبتها .

أما عن موضوع الدعوى فهو طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي على نحو ما رأينا من قبل . فدعوى الأمر بالتنفيذ ليست إذن دعوى مبتدأة .

ويترتب على ذلك عدة نتائج أهمها :

(١) إذا كانت سلطة القاضى فى فحص موضوع النزاع تختلف تبعا للمعاملة التي يلقاها الحكم المصرى فى الدولة التي تتبعها المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه فى مصر ، إلا أنه لا يجوز مع ذلك للقاضى أن يعدل الحكم الأجنبي بحال من الأحوال تحت ستار شرط التبادل على نحو ما رأينا من قبل . (٢) فما دام أن موضوع الدعوى هو طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ، فانه يترتب على ذلك أن تنحصر سلطة القاضى فى السماح بتنفيذه أو رفض الأمر بالتنفيذ (٣) .

(٢) إذا كان للمحكمة عند النظر فى طلب الأمر بالتنفيذ أن تراجع موضوع الدعوى بمقتضى شرط التبادل،فان للمدعى عليه فى هذه الحالة

---

(١) وكانت المادة ٤٩٥ من قانون المرافعات القديم تنص على أنه « تحكم المحكمة فى طلب الأمر بالتنفيذ على وجه السرعة » .

(٢) راجع ما قبله رقم ٦٢ .

(٣) أنظر فى هذا الإتجاه أيضا Fragistas فى دروسه السابق الإشارة إليها ص ٢٥ .

أن يبدى إعتراضه على الحكم المطلوب تنفيذه ،كما يكون له أن يبدى وسائل دفاع جديدة . ومع ذلك فليس للمدعى أو المدعى عليه أن يبديا أى طلبات جديدة أو إضافية . ويعد ذلك أيضا نتيجة منطقية لعدم إعتبار دعوى طلب الأمر بالتنفيذ دعوى مبتدأة (١) .

(٣) وأخيرا فان لعدم إعتبار الأمر بالتنفيذ دعوى جديدة أثره على عبء الإثبات .

ويثور التساؤل فى هذا الشأن بصفة خاصة بالنسبة لإثبات وقائع النزاع فى الفروض التى يتصدى فيها القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ لموضوع الدعوى من جهة ، وإثبات توافر الشروط الأساسية اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر من جهة أخرى .

أ — قد يتصدى القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ لموضوع الدعوى إعمالا لشرط التبادل . ويثور التساؤل فى هذا الفرض عن الخصم الذى يقع عليه عبء إثبات وقائع النزاع .

ويؤكد الفقه الراجح بحق أن المدعى عليه هو الذى عليه أن يثبت عدم سلامة الوقائع التى اثبتها الحكم الأجنبى المطلوب تنفيذه . فدعوى الأمر بالتنفيذ ليست دعوى جديدة حتى يقع عبء إثبات وقائعها على المدعى وفقاً للقواعد العامة (٢) . فواقع الأمر أن الحكم الأجنبى يعد واقعة لا يجوز للقاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ تجاهلها (٣) . وعلى هذا النحو يعترف الفقه بوجود قرينة قانونية على صحة الوقائع التى يتضمنها الحكم الأجنبى .

---

(١) راجع Fragistas السابق ص ٢٥ والدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٤١ .

(٢) راجع Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn. الموجز رقم ٤٢٥ و Batiffol المطول رقم ٧٦٥ .

(٣) راجع فى ذلك André Huet, Les conflits de lois en matière de preuve رسالة مقدمة إلى جامعة ستراسبورج ١٩٦٥ رقم ١١٨ ص ١٤٨ .

وعلى المدعى عليه فى دعوى الأمر بالتنفيذ — إن أراد — أن يثبت عدم سلامة الوقائع التى يرتكن إليها الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه (١) .

وبهذا تبدو مصلحة المدعى المحكوم لصالحه فى عدم رفع دعوى مبتدأة بالحق الذى يدعيه فى مصر . ذلك أن رفع دعوى جديدة يقتضى إلقاء عبء إثبات الوقائع المثبتة للحق المدعى به على عاتق المدعى ، أما إذا تقدم هذا الأخير بطلب تنفيذ الحكم الأجنبي المقرر لحقه أمام المحاكم المصرية فلن يكون فى حاجة إلى إثبات الوقائع التى يستند إليها الحق الذى يدعيه ، وإنما يقع على المدعى عليه — على العكس — عبء إثبات عدم صحة الوقائع التى يتضمنها الحكم الأجنبي (٢) .

وغنى عن البيان ان الحل السابق لا يتأتى إلا فى الفروض التى يتعرض فيها القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ لموضوع الدعوى إعمالا لشرط التبادل . أما إذا لم يتصد القاضى المصرى لموضوع الدعوى، واكتفى بمراقبة مدى توافر الشروط الأساسية اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر — كما لو كان قانون الدولة التى تتبعها المحكمة التى أصدرت الحكم الأجنبي يكتفى بمراقبة مماثلة للأحكام المصرية المطلوب تنفيذها هناك — فلم يعد للمدعى عليه فى دعوى الأمر بالتنفيذ الحق فى إثبات عدم سلامة الوقائع التى يتضمنها الحكم الأجنبي .

فحق المدعى عليه فى إثبات عكس ما يتضمنه الحكم الأجنبي من وقائع لا يتصور إلا فى حالة تصدى القاضى المصرى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ

---

(١) راجع دروس Fragistas السابق الإشارة إليها ص ٢٥ .

(٢) راجع فى هذا المعنى أيضا Fragistas السابق ص ٢٥ . ويلاحظ مع ذلك أنه اذا رفع المحكوم لصالحه دعوى مبتدأة بالحق الذى يدعيه — كما لو لم تتوافر الشروط الأساسية اللازمة لسلامة الحكم الأجنبى الصادر لصالحه — فهو يستطيع فى هذه الحالة أن يتمسك بالحكم الأجنبى كدليل لإثبات الوقائع التى يتضمنها على نحو ما سنرى فيما بعد . راجع ما بعده رقم ٧٨ .

لموضوع النزاع إعمالا لشرط التبادل (١) .

ب — أما بالنسبة لإثبات الشروط الأساسية لتنفيذ الحكم الأجنبي فى مصر ، فقد ذهب البعض إلى أن المدعى عليه فى هذا الفرض أيضا هو الذى يتعين عليه إثبات عدم توافر هذه الشروط على إعتبار ان دعوى طلب الأمر بالتنفيذ « ليست دعوى جديدة بالحق الذى قضى فيه الحكم المطلوب تنفيذه » (٢) .

ونحن لا نتفق مع هذا النظر ، لأن مؤداه أنه لو لم يقدم المدعى عليه ما يثبت عدم توافر الشروط الأساسية فى الحكم الأجنبي جاز تنفيذه ، وهى نتيجة تتعارض تماما مع حكمة التشريع . إذ أن من واجب القاضى أن يتحقق من تلقاء نفسه من مدى توافر الشروط اللازمة لصحة الحكم الأجنبي قبل إصدار الأمر بالتنفيذ . فهذه الشروط تستجيب لاشك إلى إعتبارات تتعلق بالنظام العام فى دولة التنفيذ .

ولعل المدعى فى دعوى الأمر بالتنفيذ — وهو المحكوم لصالحه فى الدعوى الأصلية — هو خير من يساعد القاضى فى هذا البحث ، لأنه صاحب المصلحة الحقيقية فى تنفيذ الحكم الأجنبي ، ومن ثم فهو خير من يكلفه القاضى باثبات توافر الشروط اللازمة لإمكان تنفيذ هذا الحكم فى مصر (٣) .

ويرى جانب من الفقه الفرنسى مع ذلك أنه يتعين إستثناء الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية من القاعدة السابقة . فهذه الأحكام تتضمن تقرير حالة واقعية لا سبيل إلى إغفالها . ولهذا فهناك قرينة قانونية على سلامة هذه الأحكام وصحتها من الوجهة الدولية ، ومن ثم فعلى المدعى عليه الذى

---

(١) قرب Huet فى رسالته السابق الإشارة إليها ص ١٤٨ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧١٤ والطبعة السادسة ص ٨٩٩ .

(٣) راجع فى تأكيد هذا الإتجاه Huet فى رسالته رقم ١١٩ و Batiffol المطول ص ٨٦٠ .

حدث التمسك بحجية هذه الأحكام فى مواجهته أن يقيم الدليل على عدم توافر الشروط اللازمة لسلامتها دوليا (١) .

ويصح لنا آن نتساءل فى النهاية عما إذا كان من حق المحكوم له ألا يلجأ إلى تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر لصالحه رغم توافر الشروط الأساسية اللازمة لصحته وتحقق شرط التبادل ، ويرفع دعوى مبتدأة بالحق الذى قرره له هذا الحكم (٢) .

ولعل الصحيح هو ما قرره البعض (٣) من أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على مدى التسليم بحجية الشىء المقضى به للحكم الأجنبى الذى لم يطلب الأمر بتنفيذه فى مصر . وسنرى فيما بعد أن الفقه المصرى الراجح قد إنتهى إلى جواز الإعتراف بحجية الأمر المقضى به للحكم الأجنبى فى هذه الحالة، طالما تحقق شرط التبادل، وتوافرت فى الحكم الشروط الأساسية اللازمة لصحته والتى مضت الإشارة إليها . وعلى ذلك فاذا تحقق القاضى الذى رفع إليه النزاع من جديد من توافر هذه الشروط امتنع عن نظر الدعوى الجديدة على أساس سبق الفصل فيها بمعرفة القضاء الأجنبى . أما إذا تبين للقاضى أن الحكم الأجنبى لا تتوافر فيه الشروط السالفة جاز له أن ينظر الدعوى الجديدة .

---

(١) راجع Francescakis, La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers والمنشور فى Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne. ص ٤٧٠ . وسنرى فيما بعد أن أحكام الحالة والأهلية تشكل أيضا إستثناء على القواعد العامة بالنسبة للشروط الواجب توافرها فى الحكم الأجنبى لكى يعترف له بحجية الأمر المقضى به . راجع ما بعده رقم ٧٧ .

(٢) مع ملاحظة ان هذا الفرض قد يخلو من الأهمية العملية . فقد مضت الاشارة إلى أن من مصلحة المحكوم لصالحه أن يرفع دعوى الأمر بالتنفيذ حتى يكون بمنأى عن إثبات الوقائع المقررة لحقه فيما لو رفع دعوى مبتدأه بالحق الذى قرره له الحكم الأجنبى .

(٣) العميد الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧١٤ والطبعة السادسة ص ٩٠٠ .

٧٤ - ضمانات التنفيذ

تحرص بعض التشريعات على تقرير تامين خاص لمن صدر الحكم لصالحه وذلك مثل التضامن بين المدينين المحكوم عليهم فى القانون الانجليزى، أو الرهن القضائى فى القانون الفرنسى، والذى يترتب على أموال المدين لصالح الدائن المحكوم له .

ويثور التساؤل عما اذا كان هذا التأمين يظل عالقا بالحكم الأجنبى بعد منحه الأمر بالتنفيذ فى مصر من عدمه .

ونحن نعتقد مع جانب من الفقهاء الفرنسيين والمصريين ان الأمر يقتضى التفرقة بين فرضين (١) :

الفرض الأول : اذا كان التأمين قد نشأ عن الحكم تلقائيا وبقوة القانون كما هو الشأن بالنسبة لنظام التضامن بين المدينين المحكوم عليهم فى النظام الانجليزى او الرهن القضائى فى القانون الفرنسى « فلا يجوز التمسك بهذا التأمين فى مصر لأنه يعتبر فى هذه الحالة من ضمانات التنفيذ، وهذه تخضع دائما لقانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها . فضمانات التنفيذ تعد من مسائل الاجراءات التى تخضع لقانون القاضى ».

وعلى ذلك فاذا كان القانون الأجنبى يرتب للمحكوم له تأمين خاص بمقتضى الحكم الصادر لصالحه فلا يجوز التمسك بهذا التأمين فى مصر : لأن القضاء المصرى هو الذى منح للحكم الأجنبى قوته التنفيذية . ومن ثم تخضع ضمانات التنفيذ للقانون المصرى دون غيره .

حقاً ان الحكم الأجنبى لا يفقد صفته الأجنبية رغم صدور الأمر بتنفيذه فى مصر . اذ يلاحظ ان القانون الأجنبى الواجب التطبيق فى مصر بمقتضى

---

(١) راجع Niboyet ج ٦ رقم ١٩٤٢ و ١٩٧٨ وما بعده والدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٧٩ .

قواعد الاسناد المصرية لا يتجرد هو الآخر - ورغم احتفاظه بطبيعته القانونية - من صفته الأجنبية . ومع ذلك فانه لا يترتب على احتفاظ الحكم الأجنبي بصفته الأجنبية ان تصبح آثار هذا الحكم فى مصر - كما ذهب البعض-هى نفس «آثاره التى يرتبها له القانون الذى صدر وفقاً لأحكامه»،(١) لأن هذه الآثار تعد من ضمانات التنفيذ التى تخضع كما راينا لقانون القاضى الذى امر بتنفيذ الحكم . فاجراءات التنفيذ الجبرى تخضع لمبدا الاقليمية البحته،ومن ثم فان التأمين الذى ينشئه الحكم الأجنبى بمجرد صدوره لا يرتب اى اثر فى خارج اقليم الدولة التى صدر الحكم عن محاكمها . فاذا ما طلب تنفيذ هذا الحكم فى مصر فان القانون المصرى وحده هو الذى يقرر حدود الضمانات التى تكفل هذا التنفيذ .

ولهذا نرى مع البعض انه يجوز لمن صدر الحكم الأجنبى لصالحه ان يطلب تقرير حق اختصاص على اموال المحكوم عليه الكائنة فى مصر بعد شمول الحكم للأمر بالتنفيذ، ولو كان قانون الدولة التى صدر الحكم الأجنبى عن محاكمها لا يجيز تقرير حق الاختصاص (راجع المادة ١٠٨٦ من القانون المدنى) (٢) .

الفرض الثانى : اما اذا كان التأمين قد تقرر بمقتضى القانون الذى يحكم الحق موضوع النزاع بحيث لم يكن للحكم الأجنبى من اثر سوى كشف هذا الحق ، فانه يجوز التمسك فى مصر بهذا التأمين . وعلى ذلك فاذا كان القانون الأجنبى الذى يحكم الدعوى يأخذ مثلا بفكرة المسئولية التضامنية عن الفعل الضار ، فانه يجوز للمضرور الذى حصل فى مصر على امر بتنفيذ الحكم الأجنبى القاضى بالتعويض فى هذه الحالة ان يتمسك بالمسئولية التضامنية للمدينين المحكوم ضدهم . اذ ان التأمين فى هذا الفرض هو اثر من آثار القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى وليس مجرد ضمان من ضمانات التنفيذ المترتبة على الحكم .

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧٣٧ .

(٢) عكس هذا الرأى الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧٣٨ والطبعة السادسة ص ٩٣٤ .

الفصل الثانى

الآثار الأخرى للأحكام الاجنبية

٧٥ — تمهيد وتقسيم

انتهينا فى الفصل السابق من دراسة مدى تمتع الأحكام الأجنبية بالقوة التنفيذية فى مصر . ونتطرق فى هذا الفصل اساسا الى دراسة الوجه السلبى لنفاذ الحكم الأجنبى فى مصر ، ونعنى بذلك مدى تمتعه بحجية الشىء المحكوم فيه .

ومع ذلك فقد مضت الاشارة الى ان تخلف الشروط اللازمة لتمتع الحكم الأجنبى بهذه الحجية لا يحول دون امكان التمسك بهذا الحكم كدليل فى الاثبات . بل وان الحكم الأجنبى الذى صدر ونفذ فى الخارج يعد واقعة من العسير على القضاء الوطنى تجاهلها .

وسنتعرض فيما يلى لهذه الموضوعات على التوالى، فنتولى اولا حجية الحكم الأجنبى فى حسم النزاع ، ثم حجيته فى الاثبات وأخيرا مدى الاعتداد به كواقعة .

٧٦ — أولا : حجية الحكم الأجنبى فى حسم النزاع

مضت الاشارة الى ان حجية الحكم والاعتراف له بالتالى بقوة الشىء المقضى به من ناحية ، وقوته التنفيذية من ناحية أخرى ، هما مظهران من مظاهر نفاذ الحكم . واذا كنا قد تعرضنا فى الفصل السابق للمظاهر الايجابى لنفاذ الحكم الأجنبى وهو قوته التنفيذية ، فعلينا أن نتصدى الآن للمظاهر السلبية لنفاذه . أى مدى تمتعه بقوة الشىء المقضى به .

والأصل أن أحكام القضاء حجة فى حسم النزاع وعنوانا للحقيقة لا يقبل اثبات العكس ، وهو الأمر الذى يحول دون امكان اثارة النزاع مرة اخرى .

ويثور التساؤل فى مصر عن مدى تمتع الأحكام الأجنبية بهذه الحجية والحال ان المشرع المصرى قد سكت عن تنظيم هذه المسألة خلافا لموقفه ازاء القوة التنفيذية للأحكام الأجنبية على النحو الذى بيناه فى الفصل السابق .

وقد اعتنق البعض مذهب القضاء الفرنسى فى هذا الشأن، فقرروا ان الحكم الأجنبى لا يتمتع بالحجية فى مصر الا اذا صدر الأمر بتنفيذه . ويقوم هذا الرأى على اساس «أن التسليم بحجية الحكم الأجنبى مجردا عن الأمر بالتنفيذ هو اعتراف بمظهر من مظاهر السلطة الآمرة فى دولة اخرى وهو مالا يجوز » (١) .

ونحن لا ننكر ان الاعتراف التلقائى بحجية الحكم الأجنبى يشكل خرقا للسيادة المصرية . اذ يجب ان تتوافر فى الحكم الأجنبى على الأقل الشروط الأساسية اللازمة لصحته من الوجهة الدولية، والتى عددها المشرع فى المادة ٤٩٣ /مرافعات، حتى يمكن الاعتراف له بحجية الأمر المقضى به فى مصر .

ومع ذلك فان استلزام رفع دعوى طلب الأمر بالتنفيذ حتى يمكن الاعتراف للحكم الأجنبى بحجيته — كما اراد الراى السالف — هو اسراف فى الشكلية دون مبرر . ولهذا فنحن نتفق تماما مع الفقه المصرى الراجح

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧٤٢ والطبعة السادسة رقم ٢٣٢ — وراجع هذا الاتجاه فى فرنسا فى

Françescakis, Effets en France des Jugements etrangérs indépendamment de l'exequatur.

تقرير منشور فى أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٦ — ١٩٤٧ و ١٩٤٧ — ١٩٤٨ ص ١٣٦ .

فيما انتهى اليه من كون اغفال تعليق حجية الأحكام الاجنبية على شمولها للأمر بالتنفيذ، دليل على عدم لزوم هذا الاجراء للاعتراف بحجية هـذه الأحكام فى مصر (١) .

ولكن هل يكفى للاعتراف بحجية الحكم الأجنبي ان يتحقق القاضى من توافر الشروط الأساسية اللازمة لصحة الحكم والتى عددها المشرع فى المادة ٤٩٣ /مرافعات ؟ .

يبدو ان هذا هو ما يراه جانب من الفقه المصرى (٢) . ومع ذلك فنحن نميل الى الاعتقاد بأنه من المتعين على القاضى الذى حدث التمسك امامه بحجية الحكم الأجنبي ان يتأكد — فوق ذلك — من تحقق شرط التبادل(٣) .

وقد يقال ردا على ذلك انه وما دام ان المشرع لم يبين شروط التمسك بحجية الحكم الأجنبي فى مصر، فانه يكفى ان تتوافر فى هذا الحكم الشروط الأساسية اللازمة لصحته من الوجهة الدولية حتى يحوز حجية الأمر المقضى به دون حاجة لاستلزام التبادل . وقد يؤكد هذا القول ان شرط التبادل قد تعرض — بحق — لنقد جارح على نحو ما بينا من قبل . ومع ذلك ففى اعتقادنا ان اشتراط التبادل عند طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي فى مصر يقتضى كأصل عام اشتراطه ايضا عند التمسك بحجية هذا الحكم .

ولا يقوم رأينا هذا على مجرد تحقيق الانسجام فى التشريع ، ولكون «حجية الشيء المقضى به والقوة التنفيذية تشتركان فى أن كلا منهما مظهر لنفاذ

---

(١) راجع : الدكتور فؤاد رياض ٥١٣ ، ٥١٤ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢٠٦ والدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٨٢ .

(٢) راجع : الدكتور فؤاد رياض السابق. وانظر فى عرض هذا الاتجاه فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩٣٧ وما بعدها .

(٣) راجع فى هذا المعنى الدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٨٢ . ويبدو ان استاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل يأخذ أيضا بهذا الاتجاه — راجع مذكراته السابق الاشارة اليها ص ٢٠٦ .

الحكم » (١) ، وانما دفعنا الى الأخذ به بصفة خاصة ما قد يؤدى اليه الرأى العكسى من نتائج غير مقبولة .

فلو افترضنا ان حكما أجنبيا قد استوفى الشروط اللازمة لصحته دوليا وتخلف فى شأنه شرط التبادل فان المحكوم له لن يستطيع بداهة أن يحصل على الأمر بتنفيذه فى مصر . وقد يدفعه ذلك الى رفع دعوى مبتدأة أمام القضاء المصرى للمطالبة بالحق الذى قرره له الحكم الأجنبى بغية الحصول على حكم واجب النفاذ على أموال المدين الكائنة فى مصر . فاذا قلنا ان الحكم الأجنبى يتمتع فى هذه الحالة بحجية الشىء المقضى به رغم تخلف شرط التبادل فستقف حجية هذا الحكم حائلا يمنع القضاء المصرى من اعادة النظر فى موضوع النزاع . ولا شك أن هذه النتيجة ستحول فى النهاية بين صاحب الحق وبين الحصول على حقه ، وهو ما يشكل انكارا للعدالة .

وعلى ذلك نرى ان من واجب القاضى ان يتحقق ، قبل الاعتراف بحجية الحكم الأجنبى فى مصر ، من توافر نفس الشروط التى استلزمها الشارع لمنح هذا الحكم القوة التنفيذية ، على أنه لا يلزم لذلك ان يشمل الحكم الأجنبى فعلا الأمر بالتنفيذ .

٧٧ — استثناء خاص بالحالة والأهلية

مضت الاشارة الى أن القضاء الفرنسى قد اشترط صدور الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى حتى يعترف لهذا الحكم بحجية الشىء المقضى به . وقد استثنى القضاء فى فرنسا الأحكام الصادرة فى مواد الحالة والأهلية ، فلم يشترط للاعتراف بحجيتها صدور أمر بالتنفيذ ، وانما اكتفى بأن تتوافر فى هذه الأحكام الشروط الأساسية اللازمة لصحتها من الوجهة الدولية

(١) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٤٧ .

حتى تحوز حجية الأمر المقضى به فى فرنسا (١) .

ويقوم هذا الاستثناء على أساس ان الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية تتضمن انشاء حالة واقعية لا سبيل الى اغفالها (٢) . فلا يعقل ان يعلق الاعتراف بحجية الحكم الأجنبى الصادر بالتطليق مثلا على شرط صدور الأمر بتنفيذه. فمثل هذا الحكم يتعلق بحالة الأشخاص، ومن ثم يجب الاعتراف بحجيته اينما ذهبوا وطالما توافرت فيه الشروط اللازمة لصحته (٣) .

---

(١) مع ملاحظة ما يراه الفقه الفرنسى من أن عبء اثبات توافر الشروط الأساسية اللازمة لصحة الحكم الأجنبى المتعلق بالحالة أو الأهلية لا يقع على عاتق الخصم المتمسك بحجية هذا الحكم كما هو مؤدى القواعد العامة . وإنما على من ينكر حجية الحكم فى هذا الفرض ان يقيم الدليل على عدم توافر الشروط اللازمة لسلامته من الوجهة الدولية . راجع ما قبله وأنظر فى ذلك :
Françescakis, "La reconnaissance et L'exécution des jugements etrangers" in le droit international privé de la famille en France et en Allemagne, p. 470.

(٢) راجع تقرير الأستاذ .Francescakis المنشور بأعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص والسابق الاشارة اليه ص ١٣٧ – ١٤٠ وراجع أيضاً :
Holleaux, Remarques sur l'evolution de la jurisprudence en matière de reconnaissance des décisions étrangères d'état et de capacité.
تقرير منشور بأعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٨ – ١٩٥٢ ص ١٧٩ وما بعدها . وأنظر أيضاً Batiffol المطول رقم ٧٧٢ ورسالة الدكتور فؤاد رياض السابق الإشارة إليها ص ٢٩ وما بعدها .

(٣) والغالب ان تكون الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية منشئة للحقوق . ومع ذلك فقد تكون احكام الحالة او الأهلية مقررة للحق اسوة بغيرها من الأحكام كما هو الشأن بالنسبة للأحكام الخاصة ببطلان الزواج . ويتفق الفقه الفرنسى على استثناء الأحكام المتعلقة بالحالة والأهلية من القواعد العامة فى شأن الشروط اللازم توافرها لتمتع الحكم الأجنبى بحجية الأمر المقضى به على نحو ما رأينا فى المتن وسواء كانت منشئة للحق أو مقررة له . بل ويؤكد البعض إمتداد هذا الاستثناء إلى الأحكام المنشئة للحقوق بصفة عامة ولو لم تتعلق بالحالة أو الأهلية . راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩٤٢ . وأنظر فى الخلاف الفقهى حول الأحكام المتعلقة بشهر الافلاس وتعيين الصنديك بصفة خاصة Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٤٤ والدكتور عز الدين عبد الله السابق ص ٩٤٦ وما بعدها .

ومع ذلك فاذا كان من شأن الاجتجاج بالحكم الأجنبي فى مثل الفروض السابقةاتخاذ اجرء تنفيذىفى الدولة ،كتمسك الزوجة بحكم الطلاق بغرض الحصول على نفقة من زوجها ، فانه يتعين ان يصدر امر بالتنفيذ من القضاء الوطنى وفقاً للاجراءات المعتادة (١) .

وقد كان طبيعيا ان ينتهى القائلون بضرورة صدور امر بتنفيذ الحكم الأجنبي فى مصر حتى يعترف لهذا الحكم بحجية الأمر المقضى به الى تأكيد الاستثناء السابق مراعاة لنفس الاعتبا ات التى دفعت الفقه الفرنسى الى الأخذ به (٢) .

وقد يتبادر الى الذهن ان هذا الاستثناء لا محل له فى مصر وفقاً للرأى الذى انتصرنا له . فقد رأينا انه لا يشترط وفقاً لهذا الراى ان يصدر امر بتنفيذ الحكم الأجنبي حتى يعترف له بحجية الأمر المقضى به . والواقع ان الاستثناء السابق لا يفقد أهميته فى مصر رغم ايماننا بهذا الاتجاه الأخير . فقد مضت الاشارة الى أنه لكى يمكن التمسك بحجية الأحكام الأجنبية فى مصر فانه يتعين على القاضى ان يتحقق من توافر شرط التبادل بالاضافة الى الشروط الأساسية الأخرى اللازمة لصحة الحكم من الوجهة الدولية . أما بالنسبة للأحكام الخاصة بمواد الحالة والأهلية فمن العسير أن نسلم بخضوعها لشرط التبادل نظرا لكونها أحكام منشئة لحالة واقعية لا سبيل الى اغفالها . فلا يعقل أن يعلق الاعتراف فى مصر بطلاق شخص أجنبي بمقتضى حكم صادر عن محاكم دولته على تحقق شرط ذى طابع سياسى محض مثل شرط التبادل . فحالة الطلاق التى أنشأها الحكم الأجنبي هى حالة واقعية لا يصح تجاهلها طالما توافرت فى الحكم الأجنبي الشروط اللازمة لصحته من الوجهة

---

(١) Batiffol رقم ٧٧٦ و Françcscakis السابق ص ١٣٩ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧٤٣ وما بعدها والطبعة السادسة ص ٩٤٠ وما بعدها .

الدولية (١) .

وغنى عن البيان أنه اذا كان التمسك بحجية الحكم الأجنبى من شأنه اتخاذ اجراء تنفيذى فى مصر فانه يتعين بداهـــة أن يشتمل الحـكم على أمر بالتنفيذ تطبيقا للقواعد العامة (٢) . وفى هذه الحــــالة الأخيرة تستوى الأحكام الصادرة فى مواد الحالة والأهلية مع غيرها من الأحكام الأخرى من حيث ضرورة التيقن — قبل الأمر بالتنفيذ — من تحقق الشروط التى قررها المشرع فى هذا الشأن ومن بينها شرط التبادل (٣) .

٧٨ — ثانيا : حجية الحكم الأجنبي فى الاثبات

يعترف القضاء الفرنسى الحديث بقوة الحكم الأجنبى كدليل فى الاثبات ، ولو لم تكن له حجية الأمر المقضى به فى فرنسا . ويؤيد الفقه الراجح هذا الاتجاه على أساس ان الحكم الأجنبي وان لم يكن سندا واجب التنفيذ فى هذا الفرض ، الا أنه يعد مع ذلك محررا رسميا تتحدد قوته فى الاثبات

---

(١) راجع هذا المعنى فى مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧٤٦ والطبعة السادسة ص ٩٤٥ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢٠٧ . وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا النظر فى حكمها الصادر فى ١٢ يناير ١٩٥٦ . مجموعة المكتب الفنى س ٧ ص ٧٤ ومشار إليه أيضاً فى مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٩٤٥ هامش (٢) . وقــد جاء بالحكم « متى كان الحكم الأجنبى صادراً بشأن حالة الأشخاص بصفة نهائية ومن جهة ذات ولاية باصداره بحسب قانونها وبحسب قواعد اختصاص القانون الدولى الخاص ، وليس فيه ما يخالف النظام العام فى مصر ولو كان شرط التبادل غير متوافر ، مادام أنه لم يصدر حكم من المحاكم المصرية واجب التنفيذ فى نفس الموضوع وبين الخصوم أنفسهم . واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه اذ إنتهى الى الأخذ بحجية احكام صادرة من محاكم لبنان فيما قضت به من نفى بنوة شخص لآخر لبنانى قد أثبتت استكمال هذه الأحكام للشرائط المتقدمه ، فان الحكم لا يكون قد أخطأ القانون » .

(٢) راجع :
Françescakis, La reconnaissance et l'exécution des jugements etrangers.
المرجع السابق ص ٤٦٥ .

(٣) راجع الدكتور شمس الدين الوكيل . السابق ص ٢٠٧ .

وفقاً لقانون السلطة التى قامت بتحريره (١) .

وعلى ذلك يعد الحكم الأجنبي دليلا على ما ورد فيه من وسائل الاثبات كالاقرار واليمين والبينة والمعاينة وأداء الخبرة (٢) . كل ما فى الأمر هو أن القاضى لا يتقيد بما استخلصته المحكمة الأجنبية من هذه الأدلة، وانما تبقى له حرية تقدير الأدلة الثابتة فى الحكم الأجنبى (٣) .

ويبارك الفقه المصرى الغالب(٤) هذاالاتجاه، وهو مانرى الأخذبه فى مصر.

وغنى عن البيان ان الحكم الأجنبي يتمتع بهذه الحجية فى الاثبات رغم عدم توافر الشروط اللازمة لصحته وتخلف شرط التبادل . اذ لو توافرت فيه هذه الشروط لتمتع بقوة الشىء المحكوم به على نحو ما بينا من قبـــل .

٧٩ — (حـ) الحكم الأجنبى كواقعة

يعتبر الحكم الأجنبي الذى تم تنفيذه فى الخارج واقعة قانونية يتعين الاعتراف بها دون حاجة الى استيفائه للشروط اللازمة لتمتعه بحجية الأمر المقضى به .

وقد ضرب البعض فى فرنسا مثالا لذلك بالدعوى التى رفعها عامل أجنبى ضد احدى الشركات الأجنبية فى فرنسا يطالبها فيها بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة لحادث عمل يخضع لقانون المسئولية عن حوادث العمل فى فرنسا . فقد تبين للمحكمة الفرنسية التى طرح النزاع أمامها أنه سبق للمدعى ان رفع دعوى مماثلة عن ذات الحادث أمام محكمة أجنبية

---

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٧٧٠ .

(٢) Simon–Depitre السابق ص ١٧٩ .

(٣) Batiffol المطول رقم ٧٧٠ .

(٤) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧٥١ والطبعة السادسة ص ٩٤٩ والدكتور محمد كمال فهمى [illegible]

قضى له فيها فعلا بالتعويض . ورغم أنه لم يصدر أمر بتنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بالتعويض فى فرنسا،وبالتالى فلم يكن هذا الحكم متمتعا بحجية الأمر المقضى به وفقا للرأى السائد هناك ، الا أن القضاء الفرنسى قد استنزل من التعويض الذى يستحقه العامل وفقاً للقانون الفرنسى مبلغ التعويض الذى قضت له به المحكمة الأجنبية .

وقد استخلص الأستاذ « بارتن » من هذا الحكم ان القضاء الفرنسي قد اعتد بالحكم الأجنبي فى هذه الحالة بوصفه واقعة حدثت بالفعل،وبالتالى لم يعد من المستساغ تجاهلها (١) .

وقد آمن الفقه المصرى بحق بصحة هذا الاستخلاص وسلامة الأساس الذى يقوم عليه ، فلم يتردد فى تأكيد الاعتراف بالحكم الأجنبي بوصفه واقعة لا سبيل الى اغفالها (٢) .

(١) Bartin ج ١ رقم ١٩٤ وراجع Françescakis, Effets en France des Jugements etrangers independamment de l'exequatur.
التقرير السابق الإشارة إليه والمنشور بأعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٦ — ١٩٤٧ و ١٩٤٧ — ١٩٤٨ ص ١٤٨ .

(٢) راجع الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ص٥١٥ والدكتور محمد كمال فهمى ص٥٥٠.

المراجــع

حرصنا على الإشارة فى كل موضع من هذه الدراسة إلى أهم المراجع العـامة والمتخصصة التى رجعنا إليها عند إعداد هذا المؤلف . ونكتفى بالإشارة هنا إلى المراجع التى إعتمدنا عليها فى البحث بصفة أساسية .

أولا : المراجع العربية

الدكتور أحمد أبو الوفا

– نظرية الدفوع فى قانون المرافعات . الطبعة الأولى ١٩٥٤ .

الدكتور جميــل الشرقاوى

– قواعد اختصاص المحاكم المدنية فى القانون المصرى – محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة بكلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٥٥ – ١٩٥٦ .

الدكتور رمزى سـيف

– دروس فى نظرية الدعوى (على الآلة الكاتبة) . ملقاه على طلبة السنة الثالثة بكليـة الحقوق . جامعة القاهرة ١٩٥٥ – ١٩٥٦ .

الدكتور شمس الدين الوكيــل

– دروس فى القانون الدولى الخاص (على الآلة الكاتبة) ملقاه على طلبة السنة الرابعة بكلية الحقوق . جامعة الأسكندرية ١٩٦٢ – ١٩٦٣ .

الدكتور عبــد المنعم فــرج الصدة

– الإثبات فى المواد المدنية . الطبعة الثانية . القاهرة ١٩٥٤ .

الدكتور عز الدين عبــد الله

– القانون الدولى الخاص المصرى . الجزء الثانى . الطبعة الثانية ١٩٥٥ والطبعة السادسة ١٩٦٩ .

الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض

– الوسيط فى القانون الدولى الخاص . الجزء الأول . القاهرة ١٩٦٢ .

– الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الإختصاص الدولى . دار النهضة العربية .

– الحصانة القضائية للدولة . مستخرج من مجموعة محاضرات الحلقة الدراسية للموسـم الثقافى التى ألقيت بدار الجمعية المصرية للقانون الدولى العام ١٩٦٤ .

– مركز المشروعات العامة فى القانون الدولى الخاص . محاضرة ملقاة بدار الجمعية المصرية للقانون الدولى يوم ٢٤ مارس ١٩٦٥ . مستخرج من مجلة مصر المعاصرة ص ١٨٨ وما بعـــدها .

الدكتور محمـــد كـــال فهمى
– أصول القانون الدولى الخاص . الاسكندرية ١٩٥٥ .

الدكتور منصور مصطفى منصور
– مذكرات فى القانون الدولى الخاص القاهرة ١٩٥٧ .

ثانياً : المراجع الأجنبية

ARMINJON (P.)
— Précis de droit international Privé, 3ème édition. Tome III. Paris 1947.

BARTIN (E.)
— Principes de droit international Privé, 3ème édition. Tome I. Paris 1930.

BATIFFOL (H.)
— Traité élémentaire de droit international Privé. 3ème édition, Paris 1959 et 4ème édition, Paris 1967.

BAUER (H.)
— Compétence Judiciaire internationale des tribunaux civils Français et Allemands. Dalloz 1965.

BELLET (P.)
— La jurisprudence du tribunal de la Seine en matiere de l'exequatur des jugements etrangers, Travaux du Comité Français de droit international Privé. 1962-1964. P. 251 et s.

CHESHIRE (G.C.)
— Private international law. sixth edition. Oxford 1961.

CUCHE ET VINCENT
— Précis de procédure civile. Dalloz 1963. 13ème édition.

DICEY (A.V.)

— Conflict of laws. Third édition.

FRAGISTAS (P.)

— La reconnaissance des jugements étrangers cours (Polycopiés), Faculté internationale du droit comparé (Helsinki), Session d'été 1961.

FRANCESCAKIS (P.H.)

— La compétence judiciaire internationale, le droit international Privé de la famille en France et en Allemagne. Sirey 1954. p.429.

— La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, le droit international privé de la famille en France et en Allemagne. Sirey 1954, p. 460. et S.

— Effets en France des jugements étrangers independamment de l'exéquatur. Travaux du Comité Français de droit inter-nat onal Privé 1946–1947 et 1947–1948, p. 129 et S.

FREYRIA

— Les limites de l'immunité de juridictions et d'exécution des états étrangers, Rev. Crit. 1951., p. 207 et s.

GRAVESON (R.H.)

— The Conflict of Laws. Fifth edition, 1952.

GUTTERIDGE (H.C.)

— Le Conflit des lois de Compétence Judiciaire dans les actions Personnelles, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1933. Tome II (44), p. 115 et s.

HOLLEAUX

— Remarques sur l'évolution de la Jurisprudence en matière de reconnaissance des décisions étrangères d'état et de capacité. Travaux du Comité Francais de droit international privé 1948–1952 p. 179 et s.

HUET (A.)

— Les Conflits de lois en matière de Preuve thèse Strasbourg. Dalloz, Paris 1965.

LAGARDE (P.)

— La dixième Session de la Conférence de la Haye de droit international privé. Rev crit. 1965, p. 449 et s.

LEREBOURS-PIGEONNIERE ET LOUSSOUARN

— Précis de droit international privé. 8ème edition. Dalloz 1962.

MOREL

— Traité élémentaire de Procédure Civile, Paris 1949.

MOTULSKY (H.)

— Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé. Travaux du Comité Français de droit international privé 1948-1952, p. 13 et s.

NIBOYET (J.P.)

— Traité de droit international Privé, Tome 5 et 6, Paris 1949.

— Immunité de juridiction et incompétence d'attribution, Rev. Crit 1950, p. 139 et S.

QUADRI (R.)

— Sur la loi applicable aux moyens de preuve, Rev. Egyptienne de droit international. V. 9. 1953, p. 134 et s.

RIAD (F.)

— Foreign Jurisdictional acts. A Comparative study with special reference to the Common Law system. Rev. Egyptienne de droit international V. 12, 1956, p. 1 et s.

— La valeur internationale des jugements en droit comparé. Thése Paris, Sirey 1955.

— Compétence étrangère et jugements étrangers dans la conception législative moderne. Rev. Al Qanoun Wal Iqtisad. Mars et Juin 1956, p. 1 et s.

SCHMITTHOFF.

— L'immunité de juridiction des états souverains et le commerce international. Aspects juridiques du commerce avec les pays d'economie planifiée-Paris 1961, Traduction Simon - De pitre. p. 181 et s.

SIMON - DEPITRE

— Droit international privé. Librairie Armand Colin.

SOLUS ET PERROT

— Droit Judiciaire Privé. Tome I Sirey 1961.

TALLON (H. G.)

— La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Thése. Dalloz 1965.

VALERY (J.)

— Manuel de droit international privé. Paris 1914.

WOLFF (M.)

— Private international law, 2nd edition, Oxford 1962.

* * *

محتويات الكتاب

صفحة

الباب الأول

الإختصاص القضائى الدولى

الفصل الأول

الحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين

صفحة

الفصل الثانى

المبادىء العامة فى الإختصاص القضائى الدولى

الفصل الثالث

الإختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية

صفحة

صفحة

الباب الثانى

القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

صفحة

الباب الثالث

آثار الأحكام الأجنبيـة

الفصل الأول

القـوة التنفيذية للأحكام الأجنبية

أولا : شـــرط التبـــادل

ثانيا : الشروط الأساسية لتنفيذ الأحكام الأجنبية